

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS VICHIE TT CARDOSO

A SUPRESSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROJETO DE LEI N.
8.046/2010

Florianópolis, SC

2014

MATHEUS VICHIETT CARDOSO

**A SUPRESSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROJETO DE LEI N.
8.046/2010**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira.
Co-orientador: Prof. Me. Dino Adalberto Krieger Filho.

FLORIANÓPOLIS, SC

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A supressão dos embargos infringentes no Projeto de Lei nº 8.046/2010**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Matheus Vichiott Cardoso**, defendido em **02/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

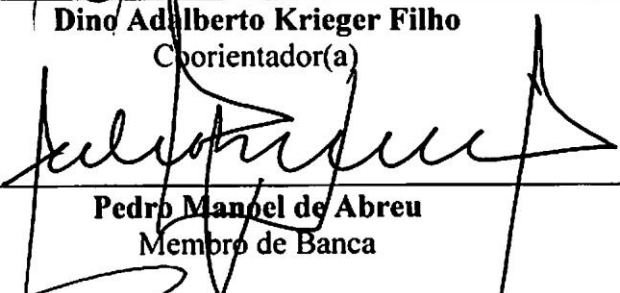
Florianópolis, 2 de Dezembro de 2014.




Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Dino Adalberto Krieger Filho
Coorientador(a)



Pedro Manoel de Abreu
Membro de Banca



Douglas Dal Monte
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus por me proteger e iluminar no transcurso da elaboração deste trabalho.

Aos meus pais Hamilton e Maria Terezinha, os quais também dedico esta monografia, por me darem todas as condições de estudar e concluir meu curso.

Aos meus avós Nice e Aroldo Vichiect, *in memoriam*, que nunca sairão de meu coração e meus pensamentos.

À minha irmã Ana Paola, pela amizade e apoio de sempre.

Ao restante de toda minha família, por todo o carinho que tem por mim.

Aos meus amigos e colegas de classe Edmundo Pereira Ferreira Neto, Guilherme Bedin, Gustavo da Cruz Claudio, Nadjara das Neves Pires e Raul Guilherme Galdino de Souza, que foram essenciais para tornar mais agradáveis esses anos de faculdade.

Ao amigo João Batista Gomes de Souza Júnior, colega de Escritório Modelo e amigo de todas as horas, que me aturou durante esses cinco anos e ajudou a cuidar de inúmeros casos no EMAJ.

Aos meus amigos Renan Roldão Bittencourt e Gustavo Bathke, amigos sinceros, que espero ter por toda a vida.

À todos os ex-colegas do Tribunal Administrativo Tributário de Santa Catarina, em especial ao Dr. João Carlos Von Hohendorff e Carolina Vieira, os quais me deram a primeira oportunidade de estágio.

Ao Desembargador Pedro Manoel Abreu, modelo de magistrado, cujo exemplo de pessoa e profissional pretendo seguir por toda minha vida.

Aos meus amigos e colegas de trabalho, Bruno Duarte Ramos, Felipe Martins Haase, Gabriel Orlandi, Luciano Dutra, Nélida Menezes, Rafaela Schmitt Garcia, Robson Ricardo Stein, Tamara de Bona, Tiago Elias Dadam, Yasmin Amorim, pessoas que tenho profunda admiração e respeito.

Ao Professor Dino Adalberto Krieger Filho, meu coorientador, que com toda sua paciência, inteligência, acessibilidade, me orientou brilhantemente neste trabalho; serei eternamente grato por tudo.

Ao meu orientador, Professor Pedro Miranda de Oliveira, que antes mesmo de gentilmente aceitar me orientar, ensinou-me em suas aulas de Processo Civil II, as bases do meu trabalho.

Ao Professor Douglas Anderson Dal Monte por ter aceito compor minha banca examinadora.

Por fim, agradeço a todos, que de alguma forma, me deram força, apoio e incentivo, não apenas na redação desta monografia, como nos cinco anos de faculdade.

“A educação tem raízes amargas, mas os seus frutos são doces.”

Aristóteles

“Sempre chega a hora em que descobrimos que sabíamos muito mais do que antes julgávamos.”

José Saramago

RESUMO

Este trabalho visa estudar a supressão dos embargos infringentes no projeto de lei n. 8.046/2010, em que se propõe a criação do novo Código de Processo Civil. Os embargos infringentes constituem recurso previsto no CPC vigente, cabível em face de acórdão não unânime em apelação ou ação rescisória. Este recurso tem como origem lusitana, onde nas Ordenações Afonsinas eram previstos os embargos modificativos. Não estando mais previsto na legislação portuguesa desde o Código de 1939, somente o sistema processual brasileiro ainda admite os embargos infringentes. Com a apresentação do projeto de novo Código de Processo Civil, as discussões a respeito da supressão deste recurso, as quais já existiam há muito tempo na doutrina correlata, voltaram à tona. O atual projeto de Código aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 26.03.2014, suprime este recurso. Entretanto, visando conciliar as opiniões favoráveis e contrárias ao recurso, é que o relator do projeto na Câmara idealizou procedimento de técnica de julgamento, em que, havendo julgamento por maioria de votos, deverão ser convocados mais julgadores, em quantidade suficiente para que o resultado inicial possa ser revertido. Nesse aspecto, discute-se se esse procedimento ofenderia o princípio do juiz natural. Por fim, tendo em vista as opiniões divergentes sobre os embargos infringentes, busca-se encetar um exame crítico e descritivo sobre a supressão deste recurso no Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Processo Civil. Recursos. Embargos Infringentes. Supressão dos embargos infringentes. Projeto do Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Procedimento de Técnica de julgamento.

ABSTRACT

This work aims to study the removal of “Embargos Infringentes” in the Bill n. 8046/2010, it is proposed the creation of the new Civil Procedure Code. The “Embargos Infringentes” is a current remedy under CPC, appropriate against not unanimous judgment on Appeal or Rescission lawsuit. This feature has the Lusitanian origins, where in the Ordinances Afonsinas, the amending embargoes were provided. No longer provided in national legislation since the 1939 Code, only the Brazilian legal system still admits the “Embargos Infringentes”. By the introduction a new project of Civil Procedure Code, the discussions about the removal of this feature, which existed for a long time in the related doctrine, returned. The current project of Code approved by the House of Representatives on 26.3.2014, suppresses this feature. However, in order to reconcile the views for and against the appeal, is that the rapporteur of the project in the National Congress conceived Trial Technique Procedure, in which when there is trial by majority vote, should be called more judges, in sufficient quantity to reverse the initial result. In this way, it is discussed whether it would not offend the principle of natural judge. Finally, viewing the divergent opinions on the “Embargos Infringentes”, we seek to make a critical assessment of the removal of this feature in the procedural system.

Keywords: Civil Procedure. Resources. “Embargos Infringentes”. Removal of “Embargos Infringentes”. Project of the New Code of Civil Procedure. Project of Bill n. 8.046/2010. Technical procedure of trial.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Teoria geral dos recursos	12
2.1 Princípios constitucionais processuais	12
2.1.1 Princípio do devido processo legal.....	15
2.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa	18
2.1.3 Princípio do juiz natural	21
2.1.4 Princípio do duplo grau de jurisdição	24
2.2 Princípios fundamentais dos recursos.....	26
2.2.1 Princípio da taxatividade	27
2.2.2 Princípio da singularidade	29
2.2.3 Princípio da fungibilidade	31
2.2.4 Princípio da dialeticidade	33
2.2.5 Princípio da voluntariedade.....	35
2.2.6 Princípio da consumação.....	36
2.3 Efeitos dos recursos	37
2.3.1 Efeito devolutivo	38
2.3.2 Efeito translativo	41
2.3.3 Efeito suspensivo.....	43
2.3.4 Efeito substitutivo	44
2.3.5 Efeito expansivo.....	46
3. Recursos ordinários: Apelação Cível, Agravo e Embargos de Declaração.....	48
3.1 Apelação Cível.....	49
3.1.1 Hipóteses de cabimento.....	49
3.1.2 Efeitos da apelação.....	51
3.1.3 Procedimentos da apelação cível.....	54
3.2 Agravo.....	57
3.2.1 Agravo retido.....	58
3.2.2 Agravo de instrumento	61
3.3 Embargos de declaração	66
3.3.1 Cabimento	67

3.3.2 Efeitos dos embargos de declaração.....	70
3.3.3. Procedimento dos embargos de declaração.....	73
3.3.4 A importância dos embargos de declaração para interposição de embargos infringentes.....	75
4. Embargos infringentes no Código de Processo Civil em vigor.....	78
4.1 Hipóteses de cabimento dos embargos infringentes	81
4.1.1 Acórdão não unânime proferido em apelação.....	83
4.1.2 Acórdão não unânime proferido em ação rescisória	86
4.1.3 Acórdão não unânime proferido em agravo de instrumento e retido	87
4.2 Efeitos dos embargos infringentes.....	88
4.2.1 Efeito devolutivo	89
4.2.2 Efeito suspensivo.....	90
4.3 Procedimentos dos embargos infringentes no Código de Processo Civil vigente ...	92
4.4 O Projeto de novo Código de Processo Civil	94
4.5 Estrutura, principiologia e principais inovações recursais do projeto de novo Código Instrumental.....	101
4.6 Procedimento de técnica de julgamento no projeto do novo código de processo civil	105
4.7 Avaliação crítica da supressão dos embargos infringentes	108
5. Considerações finais	112
6. Referências bibliográficas.....	115

1. Introdução

Os embargos infringentes são recurso previsto no Código de Processo Civil vigente, cabível em face de acórdão não unânime de apelação ou ação rescisória, que reforma sentença de mérito.

Há muito tempo se discute a manutenção desse recurso no sistema processual civil brasileiro. Parte da doutrina afirma que não existe motivo para os embargos infringentes continuarem existindo, já que o Brasil é o único país que ainda prevê esse recurso. Além disso, a existência dessa forma de impugnação judicial somente atrasaria o término da prestação jurisdicional.

Com base nessa discussão a presente monografia toma como objeto de estudo a supressão deste recurso no projeto de lei nº 8.046/2010, em que se propõe a criação do novo Código de Processo Civil.

Nesse aspecto, conquanto o presente trabalho não tenha se restringido especificamente à supressão dos embargos infringentes no projeto do novo Código – tendo também sido discutidas questões relacionadas à teoria geral dos recursos, bem como recursos ordinários atinentes ao tema –, o ponto central deste estudo é de fato a relevância para o sistema processual civil brasileiro da abolição deste recurso, o que vem a ser uma inovação substancial do projeto com relação às formas de impugnação das decisões judiciais.

Resumidamente, o trabalho resume-se ao objetivo supramencionado.

A presente monografia inicia-se tratando sobre a teoria geral dos recursos, eis que esta é a base de todos os recursos, inclusive dos embargos infringentes. Nesse aspecto, o primeiro capítulo dedica-se ao estudo de alguns dos princípios constitucionais processuais como do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. Também nesse momento, se estudará os princípios fundamentais dos recursos, composto pelo princípio da taxatividade, da singularidade, da fungibilidade, da dialeticidade, da voluntariedade e da consumação. Além disso, tratar-se-á no primeiro capítulo sobre os efeitos dos recursos, quais sejam, devolutivo, translativo, suspensivo, substitutivo e expansivo.

Em seguida, no segundo capítulo abordar-se-á alguns dos recursos ordinários que se relacionam com os embargos infringentes, uma vez que este recurso exige para seu cabimento, a interposição de recurso anterior. Nesse aspecto, tratar-se-á neste capítulo sobre a apelação cível e suas hipóteses de cabimento, efeitos e procedimentos; sobre o agravo com suas formas de interposição – retido e de instrumento – explicitando as discussões a respeito

do cabimento dos embargos infringentes da decisão não unânime que julga agravo; e por fim, se analisará o instituto dos embargos de declaração, que apesar de não ensejar a interposição dos embargos infringentes da decisão que lhe julga, possui importância para o esclarecimento do acórdão não unânime impugnado acompanhado devidamente de seu voto vencido.

Posteriormente, no terceiro capítulo analisar-se-á o recurso dos embargos infringentes com suas hipóteses de cabimento, seus efeitos e procedimentos no Código de Processo Civil em vigor.

Além disso, neste mesmo capítulo mostra-se em linhas gerais o projeto de novo Código de Processo Civil aprovado na Câmara dos Deputados no dia 26.03.2014, conferindo destaque ao procedimento de técnica de julgamento. Estando previsto no artigo 955 do projeto na Câmara, objetiva esta técnica conciliar as opiniões favoráveis e contrárias ao recurso de embargos infringentes, criando um procedimento em que quando o resultado do julgamento de apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, for não unânime, deve ser suspenso o julgamento para prosseguir numa próxima sessão a ser marcada com a presença de novos julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

Por fim, ao término do terceiro capítulo realiza-se uma análise crítica sobre a supressão dos embargos infringentes, contrapondo-se os argumentos favoráveis e contrários ao recurso, bem como verificando-se a relevância deste recurso para a morosidade judicial.

2. Teoria geral dos recursos

A teoria geral dos recursos tem por escopo o estudo das formas de impugnação das decisões judiciais. Nesse sentido, bem esclarece Barbosa Moreira que recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”¹. Nesse aspecto, ressalta-se que o recurso não cria processo novo, por isto não estão incluídos nesse conceito, as ações autônomas de impugnação² e os sucedâneos recursais. Isto porque, estas duas outras modalidades de combate aos pronunciamentos judiciais, fazem parte do sistema de impugnação das decisões judiciais, no qual os recursos também estão inclusos. Pode-se dizer que ação autônoma de impugnação é a forma de questionar as decisões judiciais por meio de um processo novo, cabendo citar como exemplos a ação rescisória, a *querela nullitatis*, o mandado de segurança, ação anulatória e a reclamação constitucional. Por outro lado, os sucedâneos recursais são todas as formas de impugnação de decisão judicial, que não representam recurso ou ação autônoma de impugnação, fazendo parte deste, o pedido de reconsideração, o pedido de suspensão da segurança, a remessa necessária e a correição parcial.³

2.1 Princípios constitucionais processuais

O “direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”.⁴ Desta feita, a grande importância do estudo desse ramo do direito, consiste em descobrir o sentido dos princípios constitucionais que operam sobre a ordem processual. Isto porque, um conhecimento faz-se desordenado sem a existência de princípios, tornando-se empírico, uma vez que faltam os elos para as conexões das conclusões das investigações científicas. Assim, quanto ao conhecimento jurídico, os princípios são os responsáveis pela qualidade e consistência do ordenamento jurídico, bem como pela adequada interpretação dos

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 233

² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito de direito processual civil volume 3. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 17.

³ Ibidem, p. 23/24.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – volume 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 193.

dispositivos legais. Um cientista jurídico deve saber como os conceitos se conectam, retornando sempre aos princípios norteadores⁵.

Além disso, como afirma Dinamarco⁶ “os princípios em que toda ciência se apóia são dados exteriores a ela própria, pelos quais ela se liga a uma área de conhecimento mais ampla”. Ele vai além, ao dizer:

Até etimologicamente compreende-se que os princípios científicos constituem verdadeiros *pontos de partida* de uma ciência (Miguel Reale), ou elementos de sua inserção na grande árvore do conhecimento humano (são os pontos em que a ciência principia).

Contudo, antes de passar à análise dos princípios processuais constitucionais, faz-se necessário comentar brevemente algumas distinções entre princípios e regras, entabuladas na doutrina correlata.

Alexy, afirma que os princípios são “mandamentos de otimização”, tendo como característica o fato de poderem ser satisfeitos em graus variados e sua satisfação não dependerem unicamente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Por outro lado, para o autor, as regras devem ser sempre atendidas ou não, dependendo de sua validade. Se uma regra vale, deve ser feito o que ela determina. Assim, “regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁷.

Já Dworkin, ao fazer sua distinção entre regras e princípios, esclarece que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”⁸. Destarte, desde que tenha as condições de validade, ou a regra pode ser válida e aceita, ou pode não ser válida, assim não acarretando consequências jurídicas⁹. Já os princípios se diferenciam das regras, na medida em que não manifestam resultados jurídicos de maneira automática quando presentes as condições. Além disso, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, os quais as regras não contêm. Por isso, havendo colisão entre princípios, deve-se verificar qual possui maior importância frente ao outro. Já o conflito entre regras, é resolvido de forma que uma não pode ser válida frente a outra. Dessa forma, para se saber qual delas é inválida, deve-se utilizar critérios de hierarquia, anterioridade, especialidade ou outra forma de resolução de conflito¹⁰.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – volume 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 196.

⁶ Ibidem, p. 197

⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91

⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁹ Convém ressaltar a respeito da afirmação de Dworkin, que no direito brasileiro as normas inválidas geram efeitos jurídicos, enquanto não forem assim consideradas, sendo que por vezes a decisão de invalidação não possui efeito *ex tunc*.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 39-43.

Em suma, os princípios e as regras são diferentes, na medida em que as regras possuem restrições em sua aplicação, sendo utilizadas em casos específicos. Além disso, os princípios são aplicados em diversas situações, servindo de orientação aos operadores jurídicos nos problemas interpretativos e nas lacunas do ordenamento¹¹.

Nesse sentido, no direito processual civil os princípios podem ser divididos entre princípios informativos e princípios fundamentais. A respeito dessa classificação, bem explica Arruda Alvim:

Os princípios informativos são regras predominantemente técnicas e, pois, desligados de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase que universais. Já os denominados princípios fundamentais do processo são diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas, trazendo em si carga ideológica significativa e, por isto, válidas para os sistemas ideologicamente afeitos aos princípios fundamentais que lhes correspondam¹².

Os princípios informativos podem ser considerados axiomas, uma vez que dispensam maiores comprovações¹³. Nesse contexto, a doutrina enuncia como princípios informativos do processo: a) o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o princípio econômico (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração)¹⁴.

Por sua vez os princípios fundamentais são profundamente ideológicos, constituindo os mais importantes: o princípio da bilateralidade da audiência (o réu precisa ser citado para ter validade o processo), o princípio dispositivo (se anuncia no fato de a parte iniciar o processo), o princípio do impulso processual pelas partes (o processo depende da vontade das partes), o princípio da oralidade (a forma oral tem primazia quanto a forma escrita) e o princípio da publicidade dos atos processuais (os atos devem ser público à todos)¹⁵.

A respeito dos princípios fundamentais ou gerais, Wambier explica que estes “servem de guia para o legislador brasileiro, para a elaboração das normas jurídicas

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122-123.

¹² ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, volume 1: parte geral. 12. Ed. rev., e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

¹³ Idem.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57.

¹⁵ ALVIM, Arruda. Op. cit. p. 36-44.

processuais”¹⁶. Para o autor, estes princípios seriam representados pelo: princípio do devido processo legal; princípio dispositivo ligado ao da inércia; princípio do impulso social relacionado ao princípio do contraditório, bilateralidade, paridade de tratamento, ampla defesa e duplo grau de jurisdição; princípio da oralidade incluídos nele o princípio da identidade física do juiz, da imediatidade e concentração; princípio da publicidade ligado ao da motivação das decisões judiciais; princípio da razoável duração do processo; princípio da fungibilidade; princípio da lealdade; e princípio da proporcionalidade¹⁷.

Dito isso, torna-se imperioso passar a analisar alguns desses princípios previstos na Constituição Federal de 1988, a começar pelo princípio do devido processo legal.

2.1.1 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é considerado o princípio constitucional, em que todos os outros princípios e regras se sustentam. O princípio dos princípios, segundo Angélica Arruda Alvim.¹⁸ Oriundo da expressão inglesa *due process of law*, está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, estando assim redigido: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁹.

Nesse sentido, na visão de Nelson Nery Junior bastaria que a Constituição tivesse adotado o princípio do devido processo legal para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Além disso, assevera o autor que esse princípio é o gênero do qual todos os outros princípios e regras constitucionais são espécies²⁰.

Pedro Miranda de Oliveira, afirma que, do devido processo legal decorrem algumas premissas básicas para o sistema democrático, tais como o do julgamento por um juiz natural, o da instrução contraditória com ampla defesa e a necessidade de um

¹⁶WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 10. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

¹⁷WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 10. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008 p. 81-87

¹⁸ARRUDA ALVIM, Angélica. Princípios constitucionais do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 94, p. 20-39, abr./jun 1994.

¹⁹NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais a RT, 2013, p. 92.

²⁰Ibidem, p. 92.

procedimento célere, com a entrega da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável²¹.

Por esse princípio, a Constituição assegura a todos os indivíduos que toda e qualquer implicação jurídica que as partes possam sofrer, tanto no âmbito de sua liberdade pessoal quanto em seu patrimônio, deve proceder de decisão prolatada num processo, que tenha obedecido as regras previamente estabelecidas no ordenamento jurídico, bem como respeitado as garantias constitucionais fundamentais²².

O conceito tem origem na Carta Magna inglesa de 1215, do rei João Sem Terra. A carta escrita em latim, continha em seu artigo 39 a expressão *per legem terrae* (pela lei do país, em tradução livre), sendo esta a ideia original do princípio do devido processo legal²³. Colhe-se o que dizia o artigo 39, *in verbis*:

Art. 39. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Contudo, o surgimento da expressão hoje cunhada de *due process of law*, deu-se na lei inglesa *Statute of Westminster of the Liberties of London* de 1354, redigida no reinado de Eduardo III.

Somente séculos mais tarde é que diversas constituições estaduais dos Estados Unidos passaram a utilizar a expressão, antes mesmo da Constituição Federal americana, de que são exemplos as constituições dos Estados de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts²⁴.

Já na Constituição Federal americana, o termo *due process of law* surgiu sob a forma de emenda à Constituição, proposta por Madison em 1789, que foi convertida na Quinta Emenda, restando assim escrita: “*no person shall be ... deprived of life, liberty or property, without due process of law* (nenhuma pessoa será privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal)”²⁵.

E é derivada da Quinta Emenda americana supracitada que, genericamente, o princípio do *due process of law* tem como característica o trinômio vida-liberdade-

²¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 95.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 10. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 82

²³ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo civil. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 145.

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op. cit., p. 93.

²⁵ PORTANOVA, Rui. Op. cit. p. 145-146.

propriedade²⁶. Desse modo, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Por este aspecto é que, por exemplo, protege-se o direito à liberdade de expressão, de religião, de imprensa²⁷.

Em seu aspecto substancial, o devido processo legal atua além do campo do direito processual. Isto porque o conceito de “devido processo” modificou-se no decorrer do tempo, tendo a doutrina e a jurisprudência alargado a sua esfera de abrangência, de modo a permitir uma interpretação elástica, para favorecer os direitos fundamentais do cidadão²⁸.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso afirma que junto com o princípio da igualdade perante a lei, esse aspecto tornou-se um importante meio de defesa dos direitos individuais, possibilitando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental²⁹. Além disso, complementa o autor asseverando que “por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”³⁰.

Por sua vez, no âmbito processual, o devido processo legal é materializado no direito das pessoas serem submetidas a um processo judicial que respeite as normas processuais aplicáveis³¹.

Por esse aspecto, o devido processo legal, assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, sendo “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”³².

Porém, deve ser ressaltado, que o princípio do devido processo legal não pode ser entendido como mera forma de procedimentalização do processo, isto é, como uma atividade do Estado-juiz utilizando determinados padrões avaliativos, neutros, vazios de qualquer sentido ou finalidade. Ele deve ser entendido além disto, como forma de alcançar os fins do

²⁶ No Brasil o devido processo tutela unicamente o binômio liberdade-propriedade, uma vez que a Constituição Federal já assegura em seu art. 5º inc. XLVII, não ser possível existir pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

²⁸ Ibidem, p. 96.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, 7ª edição. Saraiva, 2009, p. 225.

³⁰ Ibidem, p. 225.

³¹ DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. Princípios do Processo Civil. Método, 2012, p. 36.

³² NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 100.

próprio Estado. Isto porque, é por meio do processo devido que o Estado Democrático de Direito terá condições de realizar amplamente as suas finalidades³³.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior bem afirma:

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais³⁴.

Por fim, faz-se necessário dizer que ao proclamar o devido processo legal, quis a Constituição Federal de 1988, colocar sob a proteção dos juízes as garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, impedindo que esses sejam atingidos por atos não-jurisdicionais do Estado. Da mesma forma, pretendeu proclamar a autolimitação do Estado no exercício da jurisdição, no sentido de que deve ser exercida com as limitações previstas nas demais garantias e exigências do ordenamento pátrio. Desse modo, o poder do Estado exercido por meio do juiz sofre todas as limitações inerentes ao Estado Democrático de Direito, não podendo ele usurpar das competências de outros juízes e não podendo, ainda que porventura lhe autorize a lei, exercer o poder de forma a constranger as esferas jurídicas dos jurisdicionados além dos limites que a Constituição admite³⁵.

Tecidas essas considerações, é que se passa a analisar nesse momento alguns dos princípios derivados do princípio do devido processo legal, que são: o princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio do juiz natural e o princípio do duplo grau de jurisdição.

2.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O artigo 5º da Constituição Federal assegura: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV).

Desse modo, a Carta da República de 1988 consagrou os princípios do contraditório e da ampla defesa, conferindo-lhes status de garantias fundamentais do indivíduo, de modo que, em qualquer processo judicial ou administrativo, garante-se ao

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I. 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 27.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – volume 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 250-251

atingido a possibilidade de rebater os fatos objeto da lide por qualquer dos meios de defesa admitidos no ordenamento, para que ao final, a decisão seja produto de um indispensável "processo justo".

Através da garantia do contraditório assegura-se ao processo uma estrutura dialética, considerando-se a garantia de participação efetiva das partes. Contudo, é de dizer que a atividade do contraditório não é uma imposição no Direito Processual Civil. Diferentemente do Processo Penal em que o contraditório é obrigatório, no Processo Civil trata-se de uma faculdade aos litigantes se manifestarem no transcorrer do processo, podendo até mesmo serem julgados à revelia³⁶.

Com origem na Magna Carta de 1215, que assegurava que nenhum homem poderia ser preso senão em virtude de decisão legal (*per legale iudicium inorum*), ou seja, proferida por um juiz competente³⁷, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressamente consagrou o princípio do contraditório e da ampla defesa, para o âmbito dos processos civil e administrativo.

Ao contrário da atual Constituição, na Constituição Federal de 1969, o princípio do contraditório era expressamente previsto apenas para o processo penal, onde assim previa: “Art. 153. (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. Dessa forma, a Magna Carta de 1988 inovou, ao trazer claramente em seu texto a aplicação do princípio aos processos civil e administrativo³⁸.

Segundo Pedro Miranda de Oliveira, o princípio do contraditório insere-se dentro da ampla defesa, quase que com ela confundindo-se inteiramente. Isto porque, uma defesa não pode ser senão contraditória. Assim, o contraditório é, de certo modo, a exteriorização da própria defesa. Nesse sentido, diz-se que para todo ato produzido impende igual direito da outra parte de resistir ou expor a versão que lhe convenha, ou ainda de propor uma interpretação jurídica distinta daquela feita pelo autor³⁹.

Contudo, há de se trazer à baila o conceito de ampla defesa. Como bem afirma Marinori, ter ampla defesa não é, possuir uma possibilidade de defesa que exceda ao limite da

³⁶ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (coord). Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo – Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 230-231.

³⁷ ROSAS, Roberto, Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil. 3. Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

³⁸ NELSON, Nery. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

³⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 99

dimensão de participação que se deve oferecer ao réu para que ele seja capaz de efetivamente influenciar o juízo e evitar que a sua esfera jurídica seja agredida de forma inapropriada ou desnecessária. Deve-se compreender por ampla defesa, como a forma de defesa imprescindível para que o réu possa resistir à pretensão de tutela do direito (à sentença de procedência) e ao uso de meio executivo impróprio ou excessivamente gravoso⁴⁰.

Da mesma forma não se pode entender a ampla defesa como ilimitada. O que se deseja evitar com esse princípio, é uma limitação sem justificativa racional. Assim, pode existir situações nas quais faz-se necessário a redução do âmbito de aplicação da ampla defesa para permitir a efetividade da tutela do direito. Um exemplo disto é quando permite-se a antecipação de tutela antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*), postergando a realização da defesa do réu para momento posterior à medida liminar, com o fim de evitar danos graves à esfera do jurisdicionalizado⁴¹.

Por sua vez, por meio do contraditório, a Constituição Federal quer assegurar que a lei estabeleça meios para a participação das partes no processo, proporcionando ao juiz a utilização desses meios. Além disso, o próprio magistrado deve participar da elaboração do julgamento a ser realizado, exercendo ele próprio o contraditório. Diz-se que esse princípio relaciona-se a um direito das partes, bem como a deveres do juiz. Por isto é que não se pode considerar como correta a afirmação de que o contraditório exerce-se tão-somente pela possibilidade das partes se manifestarem, deixando de levar em consideração a participação do juiz⁴².

Nessa toada, o juiz exerce papel importante no princípio do contraditório e da ampla defesa. Necessita o magistrado, por força de seu dever de imparcialidade, colocar-se entre as partes, de forma equidistante. Assim, escutando uma parte, não pode deixar de escutar a outra; apenas assim se oferecerá a ambas a oportunidade de expor seus motivos, de apresentar suas provas, tentando influenciar o convencimento do juiz. Com a soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) é que o juiz pode construir a síntese, em um processo dialético. Assim, é que assevera-se que as partes em relação ao magistrado, não tem papel de adversários, mas sim de “colaboradores necessários”:

⁴⁰ MARINORI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 1), p. 316.

⁴¹ Ibidem, p. 317.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – volume 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 220.

cada lado age no processo tendo em vista o próprio interesse, servindo a ação conjugada de ambos à justiça na resolução do conflito que os envolve⁴³.

Por fim, convém ressaltar que por este princípio garante-se às partes que não sejam surpreendidas por “decisões surpresa”, isto é, fundamentadas em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenham tomado conhecimento. Desse modo, o juiz possui o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, inclusive os que provavelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*⁴⁴.

2.1.3 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural tem como origem histórica as proibições do poder de comissão (com origem nos textos ingleses do século XVII), ao impedimento do poder de evocação (nas Constituições americanas) e do poder de atribuição (dos textos constitucionais franceses). Por poder de comissão tem-se a proibição de criação de órgãos jurisdicionais sem previa previsão legal e não pertencentes à organização judiciária estatal. O poder de evocação constitui-se na delegação de competência de julgamento a órgão diferente do previsto em lei, ainda que pertencente à organização judiciária. E o poder de atribuição concede competência a órgão judiciário em razão da matéria, antes da ocorrência do crime⁴⁵.

Este princípio, assim como outros já enunciados, tem como origem a Magna Carta inglesa de 1215, que mesmo com a justiça sendo desempenhada pelos proprietários de terra e a justiça estatal, já previa sanções a condes, barões e homens livres após “julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”⁴⁶.

Já na Constituição Federal de 1988, este princípio está previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, que estabelecem respectivamente: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Quanto à primeira assertiva de vedação a tribunal de exceção, Dinamarco bem explica que:

O órgão judiciário competente deve preexistir aos fatos com base nos quais a causa será proposta – e essa é a segunda garantia relacionada com o juiz natural. Ao vedar

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 237-238.

⁴⁵ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo civil. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 64.

⁴⁶ Ibidem, p. 63.

a instituição de tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII), quer a Constituição Federal impedir que, já delineada uma situação, venha o Estado a criar órgãos ou organismo endereçados a julgamentos segundo influências espúrias. Essa disposição aplica-se ao processo civil, tanto quanto ao penal⁴⁷.

Dessa forma, busca a Carta Magna evitar a criação de tribunais de exceção como o de Nuremberg, instituído em 1945 unicamente para o julgamento de alemães responsáveis por crimes da 2ª Guerra Mundial.

Ressalta-se que não se pode confundir tribunal de exceção com prerrogativa de foro, que ocorre quando a lei beneficia alguém em razão de interesse público. Tem-se como exemplo, as ações de separação judicial, divórcio e anulação do casamento, que devem ser processadas e julgadas no foro da residência da mulher (CPC, art. 100, I). Da mesma forma, constitui-se outro exemplo de prerrogativa de foro, desta vez em razão da função, o poder jurisdicional concedido ao Senado Federal para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I). Desse modo, antes de ser considerado como um privilégio, é na verdade uma garantia assegurada à independência e imparcialidade da justiça, destinada a proteger o interesse público geral⁴⁸.

No tocante à segunda assertiva, tem como autoridade o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas. Assim, a jurisdição só poderá ser desempenhada por quem for constituído regularmente nas funções de juiz. Esta investidura pode advir de diversas formas: nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado; indicação do Governador; nomeação após concurso público; indicação em convenção de arbitragem etc. Desse modo, afirma-se que ninguém poderá exercer a função jurisdicional, sem que tenha sido regularmente investido na condição de juiz⁴⁹.

Além disso, o princípio do juiz natural procura garantir a estabilidade dos órgãos jurisdicionais, sua independência – dentro dos balizas constitucionais e legais –, bem como a imparcialidade dos juízes. Aliás, convém ressaltar que a imparcialidade é diferente de neutralidade. Aquela corresponde à garantia da inexistência de vínculos ou interesses no processo, de relação pessoal do juiz com as partes, enfim, situações que provocam o impedimento ou a suspeição do juiz para atuar no caso. Enquanto que a neutralidade significa a ausência de opiniões, o que é algo impossível, visto que todos – inclusive juízes – possuem

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – volume 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 211.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 144.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento, volume 1. 16. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 125-126.

opiniões preconcebidas, fruto de vivências, que não podem ser esquecidas na hora do julgamento⁵⁰.

Dessa forma, considera-se que somente a jurisdição sem a influência de fatores estranhos à ela, pode representar uma justiça que dê a cada um o que é seu, bem como apenas através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não só técnico, mas também ético, para a resolução dos conflitos entre indivíduos. Nesse sentido, o direito internacional não poderia ficar alheio ao problema das garantias fundamentais do homem, nem desprezar a eficácia do sistema de proteção dos direitos individuais à estrutura constitucional de cada nação. Nesse aspecto, é que a Declaração Universal do Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, estabelece que⁵¹:

Artigo 10 - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele⁵².

No tocante ao nosso ordenamento pátrio, há que se dizer ainda que a especialização dos tribunais, de seus órgãos internos, dividindo-os em função da matéria, não viola o princípio do juiz natural. Isto porque, esta distribuição de competência deve ser considerada apenas como preferencialidade, e não como exclusividade de um órgão a respeito de determinados temas. Além disso, o tribunal constitui-se um órgão único, sendo as suas câmaras, turmas ou grupos, apenas frações do todo. Da mesma forma, frise-se que o legislador constituinte ao redigir a Constituição Federal permitiu que os tribunais possam estabelecer a sua organização interna. Assim, conforme o art. 96, I, “a”, da Carta Magna, compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, desde que observem as normas de processo e as garantias processuais das partes, cabendo tratar a respeito da competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos⁵³.

Por derradeiro, sublinhe-se que o princípio do juiz natural constitui verdadeira garantia a ser utilizada contra qualquer forma de autoritarismo que se queira justificar por meio do Poder Judiciário. Este princípio, com seu amplo conteúdo democrático, consagra conquistas da humanidade ao longo de sua história contra um Judiciário submisso a comandos ditatoriais que o confrontavam. Dessa forma, é que o princípio do juiz natural constitui-se uma motivação para remover toda influência estranha ao Poder Judiciário, como tribunais de

⁵⁰ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (coord). Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo – Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 211.

⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59

⁵² Declaração Universal do Direitos do Homem. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em 31-08-2014.

⁵³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaios sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaios de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 103.

exceção, escolhas ou substituições de juízes, tendências estas próprias de regimes ditatoriais. Por isto, o princípio em estudo obriga à existência de previsões legais claras e expressas para o futuro, tratando-se de um dos princípios que propiciam sustentação política à independência do Poder Judiciário⁵⁴.

2.1.4 Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição baseia-se na possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau, também chamada de primeira instância. Desse modo, garante-se um novo julgamento, por parte dos órgãos da “jurisdição superior”, os também chamados de tribunais de segunda instância⁵⁵.

Este princípio, diferentemente de outros princípios já estudados, não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988. Contudo, o duplo grau de jurisdição não deixou de ser considerado princípio processual constitucional. Isto porque, o princípio está inserido no nosso sistema constitucional, por meio do princípio do devido processo legal, uma vez que este consiste na possibilidade de suscitar-se a reanálise do caso através de recurso, conforme a legislação infraconstitucional, ou seja, através do devido processo legal⁵⁶.

O duplo grau de jurisdição surgiu com o escopo de manutenção de ideologia. Seu nascimento deu-se nos sistemas hierarquizados e rígidos de governo. Entendia-se que era preciso o conhecimento e ocasional revisão das decisões das instâncias inferiores. Esse interesse era constante e pode ser visto na Roma Antiga, onde povo e poder dividiam as funções jurisdicionais. Já no período de cristianização do direito o princípio evoluiu, sendo fundamentado na possibilidade do erro e como modo de controle disciplinar, portanto político e doutrinário. Contudo, foi na Rrevolução Francesa, em que a estrutura jurídica era exaltada, que o princípio foi consagrado⁵⁷.

Atualmente, as razões fundantes do princípio são de ordem político-institucional, consistindo na necessidade de evitar a diferença de entendimentos entre julgados, promovendo assim uma relativa uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da Constituição e de leis federais, o que não seria possível se cada um dos juízos decidisse de

⁵⁴ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo civil. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 68-69.

⁵⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 80.

⁵⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 107.

⁵⁷ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 264.

modo definitivo; e também na necessidade de pôr os juízes de grau inferior sob o controle dos superiores, evitando abusos e legitimando a própria atuação do Poder Judiciário como um todo. Nessa toada, o princípio do duplo grau de jurisdição compõe elemento do desejável equilíbrio entre segurança jurídica e razoabilidade nos julgamentos, responsável pela melhor qualidade e maior credibilidade destes⁵⁸.

Contudo, é de se dizer que parte da doutrina acredita não ser o princípio do duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional. Para Marinoni, poder-se-ia dizer que o princípio está implicitamente na Constituição Federal, por exemplo, ao prever o recurso extraordinário. Porém, ao disciplinar no art. 102, II, a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal nas causas decididas em única ou última instância, a Carta Magna elencou rol taxativo, que não exige para o cabimento do recurso, a necessidade de que a decisão tenha sido proferida por tribunal. Dessa forma, ao garantir a Constituição Federal o recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau, afirmou-se que o direito ao duplo grau não é imprescindível ao devido processo legal⁵⁹.

Além disso, segundo Marinoni, quando a Constituição assevera que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, não está afirmando que todo e qualquer litígio em que é assegurado a ampla defesa deve ser submetido a uma revisão ou a um duplo juízo. Isto pois, os recursos nem sempre são essenciais à ampla defesa. Com isso, em casos de menor complexidade, e em outros onde racionalmente possam justificar, uma única decisão, não haveria inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo. Nesse sentido, considerando-se a ampla defesa juntamente com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, pode o legislador infraconstitucional, analisar quando é justificável, a dispensa do duplo juízo⁶⁰.

No mesmo sentido afirma Nelson Nery Junior, que a Constituição Federal não trata o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, mas apenas como mera previsão. Dessa maneira, pode o legislador infraconstitucional limitar o direito ao recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nos embargos à execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTNs (vide previsão do art. 34 da Lei de Execuções Fiscais)⁶¹.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – volume 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 243.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 493.

⁶⁰ Ibidem, p. 493-494.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 295.

A propósito do tema, Nelson Nery em obra diversa, esclarece ter a Carta Magna vigente previsto o duplo grau de jurisdição quando estabeleceu que os tribunais terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso. Assim, aduz que:

Ocorre que a Constituição Federal limita o âmbito de abrangência desse princípio, como, por exemplo, ao enumerar casos em que cabe o recurso ordinário ou extraordinário, ao dizer que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecorríveis, salvo quando contrariem a CF (CF 121 §3º), entre outras hipóteses. Isto nos faz concluir que, muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorria no sistema da Constituição Imperial. De todo modo, está garantido pela lei maior. Quer dizer, a lei ordinária não poderá suprimir, pura e simplesmente, os recursos previstos na Constituição Federal⁶².

Por derradeiro, em que pese os argumentos discordantes quanto ao princípio do duplo grau de jurisdição, tem-se que a posição da doutrina majoritária é pela relevância deste princípio, que deve ser mantido no ordenamento pátrio. Nesse sentido, colhe-se a acertada posição de Araken de Assis que afirma:

O conjunto revela que há bons argumentos a favor e contra o princípio do duplo grau. A generalizada aceitação do princípio indica sua pertinência. Os resultados da respectiva aplicação, no curso da história dos aparatos judiciários, podem ser considerados altamente positivos, garantido uma boa justiça. E a causa provável se situa no emprego pelo órgão *ad quem* do material já trabalhado com afincio pelo órgão *a quo*, em seguida submetido à crítica das partes, recorrendo ou respondendo ao recurso, a uma segunda ponderação⁶³.

2.2 Princípios fundamentais dos recursos

A matéria recursal, assim como ocorre em outros ramos do direito, sujeita-se a diversos princípios que orientam a aplicação das regras específicas e a interpretação do sistema recursal. Seria possível debater inúmeros princípios relativos aos recursos, mas dentre estes, destacam-se alguns, que serão efetivamente analisados a seguir⁶⁴.

Antes, convém lembrar que os princípios podem ser divididos entre informativos e fundamentais. Os informativos são quase que como axiomas, não necessitando serem demonstrados. São os princípios lógico, jurídico, político e econômico⁶⁵.

Já os princípios fundamentais são aqueles que o sistema jurídico é capaz de fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Assim, quando tratamos de princípios gerais dos recursos, estamos fazendo referência aos fundamentais, aplicáveis aos recursos no processo civil brasileiro. Considerando-se que os princípios informativos são universais e

⁶² NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 61.

⁶³ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 86-87.

⁶⁴ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 498-499.

⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit, p. 56.

praticamente incontrovertidos não há o que se discutir quanto a eles. Por isto que a discussão neste presente trabalho cinge-se aos fundamentais, uma vez que estes foram adotados pelo sistema jurídico brasileiro, sob conotações ideológicas e políticas⁶⁶.

O estudo dos princípios fundamentais dos recursos inicia-se pela taxatividade dos recursos. Em seguida, temos a singularidade, em que cabe apenas um recurso para a mesma decisão. Após está a obrigatoriedade da indicação dos fundamentos de fato e de direito da inconformidade (princípio da dialeticidade). Ressalta-se que ainda que se admita a fungibilidade (princípio da fungibilidade), não se admite erro grosseiro⁶⁷. Tem-se ainda o princípio da voluntariedade, que afirma ser ônus da parte recorrer de decisão que lhe seja desfavorável. Por fim, faz-se mister estudar o princípio da consumação, em que não se permite após interposto o recurso, modificá-lo ou ampliá-lo.

2.2.1 Princípio da taxatividade

Não é possível dar autonomia aos litigantes para instituírem os meios de impugnação das decisões judiciais que lhe convirem. Os processos devem ser encerrados no menor tempo possível. Contudo, jamais se conseguia alcançar esse objetivo, se os vencidos pudessem criar mecanismos para combater decisões do Poder Judiciário. Em tal hipótese, o processo se estenderia indefinidamente ou seu fim dependeria da concordância do vencido. Por estes motivos, estipulou-se que somente a lei pode disciplinar os recursos cabíveis⁶⁸.

Desse modo, o princípio da taxatividade estabelece que somente são recursos aqueles expressamente previstos em lei federal. Tratando-se de matéria processual, somente lei federal é que pode criar, modificar ou suprimir recursos, conforme prevê a Constituição Federal em seu art. 22, inciso I, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Da leitura do texto constitucional, percebe-se que a União possui competência exclusiva para legislar sobre matéria processual, dessa forma os Estados e Municípios não podem criar leis a respeito de recursos. Somente o Código de Processo Civil e outras leis de mesma hierarquia podem tratar deste tema. Nesse sentido, nosso diploma processual em seu artigo 496 enumera os recursos admissíveis, sendo eles: apelação, agravo, embargos

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 57

⁶⁷ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo civil. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 263.

⁶⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 92.

infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Além disso, aos recursos previstos no artigo 496, acrescenta-se os agravos de instrumento e retido nos autos (art. 522 e ss.), o agravo contra o indeferimento liminar dos embargos infringentes pelo relator (art. 532), o agravo contra a decisão do relator que não conhece do agravo, não admite o agravo nos próprios autos, nega-lhe provimento ou decide desde logo o RE ou o REsp não admitidos na origem (art. 545), o agravo contra a decisão monocrática do relator (art. 577 § 1º). Ainda, pode-se dizer que o agravo do art. 496 é gênero, do qual é espécie: o agravo retido (art. 523), o agravo interno (artigos 532, 544, 545 e 557 § 1º) e o agravo de instrumento (artigo 524)⁶⁹.

Outrossim, juntamente com os recursos previstos no Código de Processo Civil, existem recursos previstos em leis extravagantes. A respeito disto Nelson Nery Junior assevera que, embora a existência de recurso em leis esparsas não fira o princípio da taxatividade, estes não contribuem com a unidade do sistema processual civil brasileiro, uma vez que possuem requisitos e características próprios descritos em suas leis, colidindo por vezes com as regras do CPC⁷⁰.

Exemplo disso é o recurso de embargos infringentes previsto no artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais. Nela esse recurso é cabível contra sentença do juiz de primeiro grau que julga os embargos à execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTNs, sendo o próprio juiz prolator da decisão impugnada, o órgão competente para julgar esse recurso. Dessa maneira, ao criar esse recurso a lei colocou o mesmo nome de outro já previsto no diploma processual, que possui requisitos, pressupostos e finalidades distintos. Assim, percebe-se que ao fazer isto, o legislador cometeu erro de técnica legislativa, criando-se confusão recursal⁷¹.

Por derradeiro, se faz necessário ressaltar a existência de remédios que, servindo as finalidades próprias dos recursos, principalmente à reforma ou à invalidação da decisão judicial, substituem os recursos, são os chamados sucedâneos recursais. A estes, justamente por não se enquadrarem no princípio da taxatividade – não possuem previsão legal –, não são considerados recursos. Por isto diz-se que por faltarem as características fundamentais do conceito de recurso, ou seja, a previsão legal, a voluntariedade na interposição e o desdobramento no processo pendente, formam categoria paralela aos recursos⁷².

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 68-69.

⁷⁰ Ibidem, p. 73.

⁷¹ Ibidem, p. 73-74.

⁷² ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 96.

2.2.2 Princípio da singularidade

Pelo princípio da singularidade, que é também denominado de princípio da unicorribilidade ou da unidade, não é permitido a interposição conjunta de mais de um recurso contra a mesma decisão judicial. Apesar do atual Código de Processo Civil não ser explícito como o Código de 1939, que afirmava no artigo 809 que “a parte não poderá usar ao mesmo tempo, de mais de um recurso”, este princípio continua existindo no nosso atual sistema processual⁷³.

A lei processual ao estabelecer quais os recursos cabíveis, indica também para cada um dos recursos, uma função determinada e uma hipótese específica de cabimento. Dessa maneira, o princípio da singularidade assevera que para cada espécie de ato judicial a ser recorrida, deve ser cabível um único recurso⁷⁴.

Contudo, é possível existir situações em que são cabíveis dois ou mais recursos contra o mesmo pronunciamento judicial, podendo ser interpostos conjuntamente. É o que ocorre por exemplo, nos casos em que contra um mesmo acórdão devem ser interpostos recurso extraordinário e especial⁷⁵.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores afirma ser necessário a interposição de ambos os recursos quando se tratar de acórdão que discuta questão constitucional e infraconstitucional. Não havendo a interposição conjunta neste caso, ocorrerá a inadmissibilidade. A propósito do tema, colhe-se a Súmula 126 do STJ que afirma:

É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Do mesmo modo, sem mencionar o recurso especial, a Súmula 283 do STF assevera:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Além disso, há ainda as decisões complexas, em que embora formalmente únicas, materialmente se dividem em capítulos autônomos. Dessa forma, há de se levar em consideração que, nestas decisões, talvez haja nos capítulos diversos, os requisitos de admissibilidade de recursos distintos. Por exemplo, se a câmara, no julgamento da apelação,

⁷³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 41-42.

⁷⁴ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 501.

⁷⁵ MEDINA, José Miguel García. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 65

decide reformar a sentença de mérito, por unanimidade quanto a uma parte da matéria objurgada e por simples maioria quanto a outra parte, nesta última caberão embargos infringentes (art. 530), enquanto naquela, recurso extraordinário e/ou especial. Nesta hipótese, prevista pelo art. 498, não constitui, quanto aos embargos, verdadeira exceção ao princípio da singularidade. Isto porque, conforme Barbosa Moreira acredita, para fins de recorribilidade, cada capítulo é considerado como uma decisão *per se*⁷⁶, ou seja, decisões independentes entre si.

Todavia, Nelson Nery Jr., entendendo de forma diversa, afirma que o acórdão impugnado por embargos infringentes, recurso especial e extraordinário é o mesmo, sendo um só. Para o autor, depois da decisão dos embargos infringentes – opostos contra a parte não unânime – a parte poderá interpor o recurso especial e/ou extraordinário, não do novo acórdão, que julgou os embargos infringentes, mas do anterior, que continha partes por maioria e unânime. Assim, na opinião do autor, nesta hipótese ocorre exceção ao princípio da singularidade, na medida em que o mesmo acórdão pode dar origem à impugnação por mais de um tipo diferente de recurso⁷⁷.

Por fim, parece acertada a posição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, ao afirmarem não ser o artigo 498, uma exceção ao princípio da singularidade. Na visão destes autores, o artigo supramencionado não explicita qual das partes deverá opor embargos infringentes para que o prazo para interposição dos recursos extraordinário e/ou especial fique sobrestado. Desse modo, afirmam que os embargos infringentes opostos por qualquer das partes impedem o início do prazo dos recursos extraordinário e/ou especial. Isto porque, dependendo da decisão dos embargos infringentes, aquele que, em princípio, já teria fundamento para recorrer ao STF ou ao STJ quanto à parte unânime, mas não em relação à parte decidida por maioria, poderá, em caso de provimento dos embargos infringentes, ter de recorrer, também, contra esta parte da decisão. Desse modo, caso houvesse ofensa à constituição ou a legislação infraconstitucional, poderia a parte interpor recurso em face do capítulo unânime, juntamente com o capítulo não unânime modificado pelos embargos infringentes⁷⁸.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248-249.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 134.

⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 66

2.2.3 Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade possui como utilidade, não prejudicar a parte que, diante de dúvida objetiva, interpõe recurso considerado incabível. Nessa hipótese, admite-se que o recurso incorretamente interposto seja considerado como o adequado, desde que respeitada algumas circunstâncias. Convém dizer que, em que pese o atual Código de Processo Civil não traga este princípio expressamente, como assim o fazia o Código de 1939, tem-se como decorrente do sistema processual, em especial dos princípios que o informam, sendo por isto ainda aplicável o princípio da fungibilidade⁷⁹.

Como o próprio nome indica, fungibilidade significa substituição. Assim, substitui-se o recurso incorreto pelo considerado adequado, não prejudicando a parte que interpôs o recurso acreditando ser o correto. Contudo, para que isso ocorra é preciso o preenchimento de algumas condições, tais como: existência de dúvida objetiva sobre qual recurso a ser interposto; inexistência de erro grosseiro; e que o recurso seja interposto no prazo para a interposição do recurso adequado.

A dúvida objetiva pode surgir quando o recorrente se encontra em um dilema, não sabendo exatamente qual recurso deve utilizar. Nesse sentido, pode ocorrer três hipóteses: a) o Código assinala uma decisão interlocutória como sentença ou vice-versa, fazendo-a obscura ou impropriamente; b) a doutrina e/ou a jurisprudência possuem entendimentos contrários quanto à classificação de determinados atos judiciais e, conseqüentemente, quanto à adequação do correto recurso que deve ser utilizado; c) o juiz profere uma decisão em lugar de outra⁸⁰.

Tratando da primeira hipótese, Araken de Assis afirma que um exemplo seria o equívoco previsto no art. 395 do CPC, que denomina “sentença” o ato que resolve o incidente de falsidade. Para o autor, o pronunciamento não se enquadra à definição do art. 162 § 1º e muito menos possui o elemento finalístico presente em uma autêntica sentença. No entanto, é possível que o recorrente, influenciado pelo art. 513: “da sentença caberá apelação”, interponha recurso de apelação. O recurso adequado é o agravo de instrumento, uma vez que a decisão não se enquadra no art. 269, além do que a apelação tramitaria nos autos principais, impedindo a continuidade do processo principal⁸¹.

⁷⁹ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 503.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 153-154.

⁸¹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

Quanto a segunda hipótese de dúvida objetiva, tem-se diversos exemplos de divergência doutrinária, podendo ser citados: o ato que resolve o pedido de remoção do inventariante (art. 997); o ato que decide o pedido de exibição de documento ou de coisa no curso do processo (art. 361); a resolução judicial que exclui do processo o litisconsorte; e ainda, a decisão que defere ou indefere o pedido de benefício da gratuita, considerando-se o art. 17 da Lei 1.060⁸².

A terceira hipótese de dúvida objetiva é quando o juiz denomina a decisão interlocutória com o nome de sentença. O nosso Código de Processo Civil não concede importância à forma do ato judicial para defini-lo e sim, atribui à finalidade do pronunciamento judicial para defini-lo. Desse modo, parece ser de fácil resolução saber qual a denominação correta da decisão: se resolveu questão incidental sem pôr fim ao processo é decisão interlocutória; se pôs fim ao processo, ainda que sem julgamento de mérito, é sentença; e se o juiz proferir decisão sem cunho decisório é despacho⁸³.

No tocante à segunda condição para aplicação do princípio da fungibilidade, que é a inexistência de erro grosseiro, esta ocorre quando a parte utiliza-se de um recurso, em lugar de outro, afrontando flagrantemente o dispositivo legal que indica expressamente o recurso adequado. Assim, tem-se como erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu liminarmente embargos à execução, quando o art. 520 inciso V, explicita claramente que o recurso adequado nesse caso é a apelação. Ou ainda, quando a parte interpõe recurso de apelação da decisão que acolhe a exceção de incompetência, onde tem-se como evidente ser o agravo de instrumento o recurso adequado, a teor da interpretação dos artigos 311, 162 § 2º e 522⁸⁴.

Por fim, quanto à terceira condição que é a necessidade de o recurso ser interposto no prazo do recurso adequado, impende explicitar a divergência doutrinária.

Nesse aspecto, Pedro Miranda de Oliveira afirma que, por exemplo, para se permitir o recebimento da apelação como se fosse agravo de instrumento, é preciso que além de o engano não ser proveniente de erro grosseiro ou má-fé, estejam presentes os demais requisitos formais, dentre os quais a tempestividade. Assim, afirma o autor, a jurisprudência tem estabelecido a necessidade de o recurso interposto incorretamente, seja feito no prazo do recurso adequado, como forma de impedir a má-fé. Dessa forma, se a apelação é interposta

⁸² ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 154-155.

⁸⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 70-71

incorretamente, em substituição ao agravo de instrumento que é o correto, faz-se necessário que o recurso tenha sido protocolado dentro do prazo de 10 dias, sob pena de não utilizar-se o princípio da fungibilidade⁸⁵.

Nelson Nery Junior entende que não possui importância para a incidência do princípio, a necessidade de respeito ao prazo. Isto porque, a regra da fungibilidade é determinada pelo interesse da parte, que não será prejudicada pela interposição incorreta de um recurso por outro, quando existir dúvida objetiva sobre o cabimento do recurso adequado. Desse modo, questiona o autor: “se o recorrente, convencido de que o recurso correto seria o de apelação, o interpõe no 15.º dia, por que retirar-lhe o direito de assim proceder, subtraindo-se-lhe um terço do prazo, a pretexto de que o recurso correto seria o de agravo?”. Assim, afirma o autor que existindo os pressupostos para a hipótese de dúvida objetiva, bem como a inexistência de erro grosseiro, a terceira condição afigura-se irrelevante. Na verdade, deve o recorrente respeitar o prazo do recurso efetivamente interposto, em que ele acredita ser o correto no caso⁸⁶.

No mesmo sentido, discordando da jurisprudência majoritária, Flávio Cheim Jorge não considera correto o argumento de que se a parte não interpuser o recurso no prazo do recurso adequado, terá ocorrido preclusão temporal ou coisa julgada, uma vez que o princípio da fungibilidade representa justamente uma exceção à preclusão ou à coisa julgada. Assim, diante de uma circunstância criada pelo próprio sistema, em que não se conseguiu prognosticar as hipóteses adequadas de cabimento dos recursos, existe exceção quanto à regra de que transcorrido *in albis* o prazo para recorrer, a decisão não pode ser mais combatida, quando estiverem presentes os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade⁸⁷.

2.2.4 Princípio da dialeticidade

Todo o recurso deve ser argumentativo, dialético. A mera insurgência contra a decisão não é suficiente para o conhecimento do recurso. Ou seja, não basta ao recorrente afirmar ser contra a decisão do magistrado *a quo*, deve também demonstrar os motivos pelos quais entende que aquela decisão deve ser reformada.

⁸⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 43.

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

⁸⁷ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 218.

Dessa maneira, é que pelo princípio da dialeticidade todo recurso deve fundamentar-se, possuir argumentação. Deve o recorrente demonstrar os motivos de não ter-se conformado, dizendo o porquê de seu pedido de reanálise da decisão hostilizada. Nesse sentido, ao oferecer suas razões recursais, o recorrente possibilita que o recorrido responda às suas alegações, observando o princípio do contraditório, também existente em sede recursal⁸⁸.

Ressalta-se, que da mesma forma que na petição inicial do processo, a petição de interposição do recurso deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam a irresignação do recorrente, bem como o pedido de reforma da decisão hostilizada. Isto porque, as razões do recurso possuem a capacidade de fixar os limites de aplicação da jurisdição em sede recursal. Desse modo, os motivos da inconformidade do recorrente constituem-se elemento imprescindível para que o tribunal possa analisar o mérito do recurso, sopesando-o com os fundamentos da decisão objurgada⁸⁹.

Nesse sentido, pelo princípio da dialeticidade, pode ser considerado inapto o recurso que cinge-se a reiterar as razões anteriormente expostas, rejeitadas pela decisão hostilizada. Destarte, o recurso deve discutir os argumentos da decisão e não repetir argumentos já debatidos. Além disso, o recorrente deve combater a decisão impugnada nos pontos que lhe prejudicam, demonstrando os equívocos, que podem ser tanto do ponto de vista procedimental (*error in procedendo*), quanto do ponto de vista do julgamento (*error in iudicando*)⁹⁰.

Por fim, dissertando sobre este aspecto Araken de Assis ressalta a necessidade de haver simetria entre o que foi decidido e as alegações do recurso, assim “a motivação deve ser, a um só tempo, específica, pertinente e atual”. Ademais, citando entendimento da 1.^a Turma do STJ, afirma o autor ser preciso impugnação específica da decisão agravada, sendo esta manifestada pelos fundamentos de fato e de direito que permitam ao juízo *ad quem* distinguir com exatidão o *error in iudicando* ou o *error in procedendo* objeto do recurso⁹¹. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem reiteradamente decidindo que “os recursos, em geral, devem ser dialéticos, de modo a explicitarem os fundamentos de fato e

⁸⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 45.

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

⁹¹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

de direito pelos quais o recorrente objetiva a reforma (ou a nulidade, conforme o caso) da decisão impugnada”⁹².

2.2.5 Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade funda-se no requisito de inexistência de dúvida quanto a vontade da parte em recorrer da decisão que lhe prejudicou. Por este motivo é que havendo desistência do recurso, este sequer é analisado em juízo de admissibilidade, não sendo conhecido pela ausência de vontade do recorrente em impugnar o *decisum*⁹³.

Da mesma forma, o magistrado não pode, de ofício, interpor recurso em nome da parte, ainda que se trate de incapaz ou hipossuficiente. Ressalte-se, a vontade de recorrer deve ser expressamente manifestada pela parte que possui interesse na reforma ou anulação da decisão judicial⁹⁴.

Assim como a jurisdição é inerte e somente atua pela provocação das partes, os recursos apenas existem em decorrência da expressa manifestação de vontade do recorrente em querer provocar a atividade jurisdicional. Por este motivo é que a remessa necessária prevista no art. 475, *caput* do CPC, não pode ser considerada recurso. Isto porque, trata-se de instituto processual que não depende da vontade da parte, enquadrando-se a sentença nas hipóteses do art. 475, os autos devem subir à instância superior para o reexame da decisão judicial⁹⁵.

Em sentido contrário Araken de Assis afirma que o reexame necessário constitui-se exceção ao princípio da voluntariedade. Afirma o autor que a localização do remédio na estrutura do Código de 1973, bem como a ausência no rol do art. 496 induzem a ideia contrária. Contudo, “independentemente da *mens legislatoris*, o art. 475, *caput*, manteve a velha e incompreendida apelação *ex officio*”.⁹⁶

Além disso, assinala Araken de Assis, ainda que a remessa não se enquadre no conceito geralmente aceito de recurso, deve-se alargar o conceito de recurso, reduzindo o papel da voluntariedade. Desse modo, afirma que:

O excessivo destaque no caráter voluntário de todo recurso olvida seu eventual regime compulsório. Aliás, a voluntariedade surge no recurso *ex officio*. Constitui

⁹² TJSC, Apelação Cível n. 2014.053583-6, de Campos Novos, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 06.11.2014

⁹³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001.

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.

⁹⁵ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

⁹⁶ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

simples faculdade o recurso interposto pelo presidente do Tribunal contra “decisão proferidas em dissídio coletivo” (art. 898 da CLT). Na hipótese, o recurso *ex officio* na Justiça do Trabalho é uma faculdade, e não um dever do presidente do Tribunal. Ele é que decidirá se recorre, ou não, do veredicto lançado no acórdão. Por outro lado, o entendimento de que o recurso é pretensão deduzida, *in simultaneo processu*, por força da diversidade de seus elementos relativamente à demanda inicial harmoniza-se com a natureza recursal do reexame necessário, porque o ato de ampliar o objeto litigioso nem sempre é praticado por “alguém estranho ao juízo”. A verdade é que o princípio da iniciativa da parte, previsto no art. 262, não tem aplicação geral, existindo copiosas exceções. Assim, há impugnações oficiais, “visto como são confiadas ao zelo dos juízes para bem usarem delas”. A inércia da atividade jurisdicional, que emprestaria caráter absoluto ao princípio da voluntariedade, não é exata, nem suficiente⁹⁷.

Em que pese os argumentos trazidos pelo citado autor, parece-me mais correta a ideia de que todos os recursos devem obedecer ao princípio da voluntariedade, não sendo assim o reexame necessário, uma espécie de recurso por lhe faltar este elemento e outros inerentes ao conceito de recurso. Admitir que o elemento da vontade possa não estar presente em todos os recursos, significaria violar a autonomia da vontade das partes de se resignarem às decisões judiciais.

2.2.6 Princípio da consumação

O princípio da consumação relaciona-se com o conceito de preclusão consumativa, previsto no art. 158, que prevê que qualquer ato praticado pelas partes produz “imediatamente a constituição, a modificação ou extinção de direitos processuais.” Assim, no âmbito dos recursos, a parte deve no prazo adequado, interpor o recurso, demonstrando suas razões de inconformismo. Caso deixe de apresentar seus fundamentos na petição de recurso, não poderá fazê-lo após, já que a mera manifestação de irresignação com a decisão judicial, é suficiente para consumir o prazo recursal, sendo este o sentido do princípio da consumação. Dessa forma, torna-se indiferente o fato de a parte ter utilizado de prazo menor para interpor seu recurso. Se o autor ou o réu interpõe seu recurso de apelação, no décimo dia, não poderá mais modificar seu recurso já interposto, mesmo possuindo mais 5 dias de prazo⁹⁸.

Este princípio tem larga utilização no plano recursal. Na apelação, por exemplo, a parte que apela parcialmente de uma sentença com vários capítulos, demonstra aquiescência com os outros capítulos que não recorreu, não sendo possível interpor nova apelação. Já no recurso de agravo de instrumento, o princípio aplica-se no sentido de que a formação correta

⁹⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

do agravo com as peças obrigatórias, conforme o art. 525, I, constitui ônus do agravante, não se permitindo após a interposição, a correção dos traslados⁹⁹.

Admitia-se no Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 809, a possibilidade de a parte variar de recurso, desde que fizesse dentro do prazo de interposição. Ou seja, a parte poderia desistir do recurso já interposto e apresentar outro. Contudo, no atual Código, não permite-se tal postura ao recorrente em razão do princípio da consumação. Assim, a parte que interpõe recurso de apelação, não pode desistir de seu recurso e interpor recurso adesivo, caso a parte contrária apresente também recurso quanto aos pedidos que não havia feito, sob pena de ferir o princípio da consumação, bem como o princípio da singularidade¹⁰⁰.

Por fim, faz-se necessário ressaltar a possibilidade de alteração de recurso interposto, em razão do princípio da complementariedade. Por este princípio admite-se que o recorrente possa complementar seu recurso já interposto, modificando-o, quando a decisão objeto de recurso for modificada em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Deste modo, permite-se a modificação do recurso apenas nos pontos em que forem modificados ou acrescentados pelos embargos declaratórios¹⁰¹.

2.3 Efeitos dos recursos

A interposição de um recurso em determinado processo provoca consequências naturais neste, decorrentes da existência de algo novo que se acrescenta ao litígio já existente. Tais consequências são efeitos jurídicos diversos provenientes da existência desse novo ato processual. Destarte, tais consequências fizeram com que a doutrina, passasse a examinar o que se designou de “efeitos dos recursos”, sistematizando os principais reflexos gerados com a interposição destes¹⁰².

Cumpra dizer que a interposição de recursos provoca, tanto no âmbito processual, quanto no fático, inúmeros efeitos, alguns com maior, outros com menor intensidade. Tais

⁹⁹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 191-193.

¹⁰¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 47.

¹⁰² JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 221.

efeitos podem ser percebidos, logo na interposição do recurso, em momento anterior a este, ou ainda apenas com o julgamento da irresignação¹⁰³.

O primeiro efeito dos recursos é impedir a formação da coisa julgada, comumente chamado de efeito obstativo. Trata-se na verdade, de uma consequência natural a todo e qualquer recurso, decorrente da sua interposição. Deste modo, este efeito prolonga a pendência da causa, evitando a formação da coisa julgada e consequentemente, impedindo o trânsito em julgado da decisão impugnada¹⁰⁴.

Além disso, tradicionalmente a doutrina identifica dois efeitos dos recursos: o devolutivo e o suspensivo. O primeiro, que todo e qualquer recurso possui, consiste na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao tribunal, a fim de que possa analisar a decisão hostilizada. Já o segundo, impede que a decisão recorrida produza efeitos, somente podendo produzi-lo após o julgamento do recurso com seu respectivo trânsito em julgado¹⁰⁵.

Contudo, é de se ainda considerar o entendimento divergente de Flávio Cheim Jorge. Para o autor, o único efeito dos recursos é o devolutivo, não podendo os demais serem considerados assim. Nesse sentido, assevera o autor que:

Quando se observa que o conteúdo do recurso é justamente a obtenção de um novo exame de determinada matéria, exsurge que dele necessariamente advém o efeito peculiar e natural de fazer com que a matéria decidida seja reexaminada. Esse é o efeito peculiar de todos os recursos, ao qual se atribuiu o nome de devolutivo¹⁰⁶.

Porém, em que pese a opinião do autor supramencionado, torna-se imperioso adotar neste trabalho o entendimento de Nelson Nery Junior pelo qual, além dos tradicionais efeitos devolutivo e suspensivo, considera existir os efeitos expansivo, translativo e substitutivo, os quais serão analisados nas seções seguintes.

2.3.1 Efeito devolutivo

Trata-se o efeito devolutivo de possibilidade que se concede à parte vencida de ver a decisão que lhe é desfavorável ser reanalisada pelo Poder Judiciário. Neste sentido, devolver quer dizer reapreciar¹⁰⁷.

¹⁰³ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 512.

¹⁰⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 191.

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 400-401.

¹⁰⁶ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 222.

¹⁰⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 32.

Por meio do recurso interposto devolve-se ao órgão *ad quem*, o conhecimento da matéria impugnada. Desse modo, o juízo destinatário da impugnação apenas poderá julgar o que o recorrente tiver alegado em suas razões recursais, encerradas com o pedido de nova decisão. E é com este pedido de nova decisão que fixa-se o alcance e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso, raciocínio este ligado ao brocardo romano *tantum devolutum quantum appellatum*. Ressalta-se que o efeito devolutivo sempre presume o ato de interposição de recurso, não sendo possível falar em efeito devolutivo na remessa necessária¹⁰⁸.

Cumpra dizer que o tribunal somente pode reapreciar a decisão do magistrado de primeiro grau por causa do efeito devolutivo, já que a ele concede o poder de reanalisar as decisões anteriormente proferidas. Caso não houvesse esse efeito, qualquer ingerência do tribunal sobre a decisão do juiz competente para julgar a causa seria indevida, violando a independência da atuação jurisdicional do magistrado e consequentemente, o princípio do juiz natural¹⁰⁹.

O efeito devolutivo tem origem com os recursos, mais precisamente com a *appellatio romana*, o primeiro recurso que se conhece do estudo do direito. No período do procedimento extraordinário do direito romano, se considerava que os magistrados inferiores exerciam sua competência como delegados dos magistrados superiores, que por sua vez, exerciam por delegação do imperador, que possuía a competência originária¹¹⁰.

Por isso que o efetivo devolutivo era entendido como uma devolução da competência a órgão hierarquicamente superior. Daí a razão de alguns doutrinadores afirmarem que o efeito devolutivo somente existe quando o órgão competente para analisar a decisão recorrida for superior ao que a prolatou¹¹¹.

No direito processual civil atual, por influência do princípio dispositivo, o efeito devolutivo é entendido de forma distinta. Não se compreende mais o efeito devolutivo como “devolução” da competência ao órgão superior. Deve o efeito devolutivo ser entendido como a prolação de outra decisão do Poder Judiciário por meio do órgão competente, podendo ser ou não o mesmo órgão que prolatou a decisão impugnada¹¹².

¹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 401-402.

¹⁰⁹ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 513.

¹¹⁰ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 232.

¹¹¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 192.

¹¹² JORGE, Flávio Cheim. Op. cit., p. 233.

Nesse aspecto, Barbosa Moreira entende que não ocorre efeito devolutivo:

Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão *a quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou inexistente (embargos de declaração), ou fica condicionado a que não se reforme a decisão antes do julgamento do recurso: assim no agravo (art. 529). Fora dessas hipóteses, ao órgão *a quo* é vedado praticar qualquer ato que importe modificação, total ou parcial, do julgamento, ressalvada a possibilidade de corrigir, *ex officio* ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo (art. 463, n° I)¹¹³.

Contudo, para Nelson Nery Junior não é preciso que o órgão destinatário do recurso seja distinto daquele que proferiu o ato impugnado. Para o autor, os embargos de declaração e os embargos infringentes da Lei de Execuções Fiscais possuem efeito devolutivo, mesmo que dirigidos ao mesmo órgão que proferiu a decisão combatida. O objeto de todo e qualquer recurso é sujeitar o *decisum* hostilizado a um novo exame pelo órgão *ad quem* e tal submissão não teria sentido se não permitisse a devolução da matéria impugnada. Assim, decorre daí o efeito natural de todo e qualquer recurso ser o devolutivo¹¹⁴.

Cumprido ressaltar a possibilidade de recursos possuírem efeito devolutivo diferido, ou seja, a transferência do conhecimento da matéria impugnada não se dá de imediato, mas apenas após algum tempo ou após o decurso de alguma fase do processo. Isto ocorre, por exemplo, no agravo retido que uma vez interposto, não é imediatamente submetido ao órgão *ad quem*, que dele só analisará mais adiante, quando do julgamento da apelação.¹¹⁵

Por outro lado, o efeito devolutivo devolve ao órgão *ad quem* unicamente o conhecimento da matéria objeto de recurso. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar nos limites das alegações do recorrente. Assim, esse raciocínio está associado ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, que consiste na vedação de reforma da decisão impugnada em prejuízo do recorrente, ou seja, somente quem recorreu poderá beneficiar-se. Destarte, trata-se de lição extraída do princípio dispositivo, no qual preceitua que se a parte deixou de recorrer, entende-se que se conformou com a decisão que lhe foi imposta, não cabendo ao tribunal, de ofício, melhorar sua situação em detrimento da outra. Assim é que deve o tribunal julgar o recurso, apenas levando em consideração a matéria de impugnação, ou seja, o pedido do recorrente. Eis assim a analogia do efeito devolutivo com o princípio dispositivo, que orienta a temática processual civil brasileira¹¹⁶.

¹¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 29. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 123.

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 403.

¹¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. II. 17. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 72.

¹¹⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 193.

Por fim, cumpre ressaltar que, em que pese a impugnação delimite o objeto do novo julgamento, o efeito devolutivo do recurso translada toda a matéria, relativa a tal objeto, “suscitada e discutida” no processo. Assim, mesmo que não tenha sido alegado nas razões do recurso, pode o magistrado analisar argumento relacionado ao objeto, já discutido no transcurso da demanda. Deste modo, por exemplo, na ação em que o autor pugna pela condenação do réu ao pagamento de danos emergentes, bem como de lucros cessantes, e na qual se discutiu a existência da culpa, mesmo que a apelação do réu, se delimite à última rubrica, devolverá ao órgão *ad quem* também a discussão relativa à culpa, já que está relacionada à discussão de lucros cessantes. Destarte, poderá o tribunal desprover o recurso, absolvendo o réu da condenação em lucros cessantes, declarando a inexistência da culpa, sendo que o restante da condenação ficará isenta de reanálise, por ausência de impugnação¹¹⁷.

2.3.2 Efeito translativo

A cognição é igual à devolutividade, no âmbito dos recursos, assim podendo ocorrer em dois planos distintos: horizontal, que relaciona-se à amplitude do recurso e, por este viés, em regra, é limitado às alegações do recorrente (CPC, art. 515, *caput*); e vertical, que permite ao magistrado atingir em profundidade a cognição acerca dos fundamentos defendidos (CPC, art. 515, §2.º). Assim, afirma-se que o efeito translativo é um adicional ao princípio do efeito devolutivo, uma vez que amplia a devolutividade do recurso quanto ao seu plano horizontal, devolvendo ao tribunal até mesmo matérias que não foram objeto de recurso (CPC, art. 515, §1.º, e art. 516).¹¹⁸

Isto porque, há casos em que o sistema processual permite que o órgão *ad quem* julgue fora do que consta das razões ou contrarrazões ao recurso, não se podendo falar em julgamento *extra, ultra ou infra petita*. Isso ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, CPC, art. 267 §3.º e art. 301, §4.º). Desse modo, a translação dessas questões ao juízo *ad quem* é permitido pelo CPC em seu art. 515, parágrafos 1.º a 3.º e art. 516¹¹⁹.

¹¹⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 252.

¹¹⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-461.

Araken de Assis tratando do tema, discorda da existência do efeito translativo ao afirmar que:

De acordo com essa concepção, o efeito devolutivo da apelação sempre devolveria ao órgão *ad quem* a matéria impugnada no mínimo, por força do princípio dispositivo, e igualmente, as questões que, ocorra controvérsia ou não, ao juiz seja dado conhecer de ofício, por força do princípio inquisitório.

Essa peculiaridade explica-se na profundidade do efeito devolutivo. Dele não se destaca de forma autônoma. Na extensão da matéria impugnada, ao órgão *ad quem* é dado reexaminar ou apreciar *ex officio* quaisquer questões que, sendo de ordem pública, situem-se no mesmo plano de cognição (v. g., o mérito) ou em degrau inferior (v. g., pressupostos processuais e condições da ação).¹²⁰

Entretanto, boa parte da doutrina correlata acredita haver uma separação entre o efeito devolutivo e o efeito translativo. Para tanto, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha asseveram que, enquanto o efeito translativo determina os limites verticais do recurso, o efeito devolutivo determina os limites horizontais. Deste modo, o efeito devolutivo (extensão) refere-se ao objeto de controvérsia do recurso (a principal discussão do recurso); já “o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal”¹²¹.

Por fim, necessário dizer que o efeito translativo ocorre tanto nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), quanto nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência). Em que pese Nelson Nery Junior¹²² afirme não ser aplicável o referido efeito aos recursos excepcionais, já que dentre outros motivos os regimes jurídicos destes recursos admitem somente a discussão das causas decididas pelos tribunais inferiores, é de se concordar com a opinião de Pedro Miranda de Oliveira¹²³, que alega ser indiferente para este efeito saber se houve prequestionamento, causa decidida, oposição de embargos de declaração ou não, pois quando se trata do referido efeito está se discutindo sobre matérias e fundamentos que podem ser conhecidos de ofício, não sendo preciso a discussão das partes a respeito, justamente por serem matérias de ordem pública.

¹²⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

¹²¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 83.

¹²² NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 465.

¹²³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 200.

2.3.3 Efeito suspensivo

O efeito suspensivo é aquele que impede a produção imediata dos efeitos da decisão, sendo que tal efeito perdura até o julgamento do recurso, com a preclusão ou com a coisa julgada. Assim, a consequência da aplicação do efeito suspensivo é a impossibilidade de execução imediata da decisão¹²⁴.

Para Flávio Cheim Jorge não é o recurso que cria o estado de ineficácia da decisão. Este já se origina da própria lei, mesmo antes da interposição do recurso. O que ocorre é uma prolongação de uma situação que já existia. Uma vez prolatada a sentença ela não produzirá efeitos conservando-se esse estado com a interposição do recurso. Assim, não há, produção de efeitos, que se vê impedido com a apresentação da impugnação¹²⁵.

Por outro lado, Nelson Nery Junior acredita ser o efeito suspensivo uma qualidade do recurso que adia a execução da decisão impugnada assim que interposto. Nesse sentido, afirma o autor:

Pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso. A decisão que ainda não havia produzido efeitos, porque não prolatada, continua a não produzi-los pelo efeito suspensivo do recurso, pois a eficácia não preexiste à interposição do recurso, que não pode, por certo, suspendê-la. Na verdade, a suspensividade diz mais de perto com a recorribilidade do que propriamente com o recurso. De consequência, somente pode atribuir-se efeito suspensivo ao recurso se a decisão impugnada for recorrível, e mais, se para o recurso respectivo se estipular o regime da suspensividade¹²⁶.

Ressalta-se que no sistema recursal brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos no denominado duplo efeito, que são os efeitos suspensivo e devolutivo. A apelação, recurso ordinário por excelência, é recebida no duplo efeito, com exceção das hipóteses previstas nos incisos do art. 520 do CPC. Já quanto aos embargos infringentes, objeto de estudo deste trabalho, salienta-se que a suspensividade fica limitada à matéria que foi objeto de discussão, que ensejou o manejo do recurso¹²⁷.

O efeito suspensivo deve ser visto como algo que visa harmonizar dois polos: o da segurança – ao impedir que a decisão hostilizada produza efeitos na pendência de julgamento de recurso que pode modifica-la – e o da tempestividade – que visa impedir que o tempo do

¹²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 117.

¹²⁵ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

¹²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 427.

¹²⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 34.

processo agrave a parte que tem razão e assim incentivar a interposição de recursos sem qualquer embasamento. Se o efeito suspensivo privilegia a segurança, sua não existência serve para realçar a necessidade de tempestividade¹²⁸.

Contudo, torna-se necessário tratar sobre a possibilidade do efeito suspensivo possuir regime *ope legis* ou *ope judicis*. Quanto ao primeiro, é a própria lei se incumba de prever, taxativamente, quais recursos têm ou não efeito suspensivo, cabendo ao Poder Judiciário por ocasião do exame de admissibilidade do recurso, aplicar a determinação relativa ao recurso interposto. Já quanto ao segundo regime, qual seja, *ope judicis*, é possível que o órgão julgador atribua, ou não, efeito suspensivo ao recurso já interposto, dependendo das circunstâncias do caso concreto, podendo ser citado como exemplo o agravo de instrumento e, residualmente, a apelação (art. 558, *caput* e parágrafo único)¹²⁹.

Por derradeiro, convém dizer ser possível que o efeito suspensivo recaia apenas sobre parte da decisão. Isto pode ocorrer quando a sentença ou acórdão possuir diferentes capítulos e o recorrente opte por não incluir em seu recurso toda a matéria da decisão hostilizada. Desta maneira, o capítulo não recorrido, não estará abrangido pelo efeito suspensivo do recurso, tornando-se assim exequível e conseqüentemente, poderá a parte contrária iniciar a execução provisória¹³⁰.

2.3.4 Efeito substitutivo

O art. 512 do CPC dispõe: “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”. É neste artigo que se consubstancia o efeito substitutivo dos recursos. Nesse sentido, esclareça-se que o referido dispositivo somente aplica-se na hipótese de admissibilidade do recurso, ou seja, quando este tiver sido conhecido e analisado seu mérito. Caso contrário, não sendo a impugnação conhecida, o órgão *ad quem* não terá como se pronunciar a respeito do acerto ou não da decisão hostilizada, não sendo assim aplicável o efeito substitutivo¹³¹.

Além disso, é possível que a substituição ocorra de maneira parcial ou total. Ocorre substituição parcial quando o tribunal conhece parcialmente do recurso e assim decide sobre parte do recurso ou ainda quando o recurso versa sobre um fragmento da decisão. Assim, somente quanto à parte conhecida e decidida é que ocorrerá o

¹²⁸ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil, v. 2), p. 515.

¹²⁹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 262.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins, v. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 55-56.

¹³¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 37.

efeito substitutivo do recurso, sendo o restante da decisão impugnada mantida intacta¹³².

Cumpra dizer que o efeito substitutivo fundamenta-se, no veto à coexistência, *in simultaneo processu*, de duas decisões sobre o mesmo assunto, ainda que coincidam ou não em seu conteúdo¹³³. Nesse sentido, colhe-se a lição do processualista Araken de Assis:

Ora, a coexistência de dois provimentos, versando idêntica matéria, haja ou não similitude no respectivo conteúdo, revela-se inadmissível no mesmo processo. Figure-se a hipótese radical, mas concebível, de o provimento do órgão *ad quem* apresentar conteúdo oposto ao do órgão *a quo*: por exemplo, o juiz de primeiro grau acolheu o pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, mas o tribunal, provendo o apelo, rejeitou tal pedido. É óbvio que somente um dos provimentos pode regular, legitimamente, a situação jurídica entre o autor e o réu, e, por elementar razão hierárquica, senão cronológica, só pode ser o último¹³⁴.

Porém, o referido efeito não é cabível nos casos em que a decisão impugnada é anulada pelo reconhecimento de *error in procedendo* (erro em procedimento, em tradução literal). Em tais situações, a função do órgão *ad quem* é rescindente, não prevalecendo a sua decisão sobre a anterior, que deixa de existir no mundo jurídico. Assim, o órgão *ad quem* restringe-se a anular a decisão impugnada, determinando que o órgão *a quo* profira novo *decisum*. Contudo pode ocorrer a hipótese de o próprio tribunal anular a sentença objeto de recurso e julgar a matéria no mesmo acórdão, utilizando-se do art. 515 §3º do CPC. Por este artigo permite-se que o órgão *ad quem* julgue o processo, quando considerar madura a causa, ou seja, pronta para julgamento. Dessa maneira, cabe ao órgão jurisdicional proferir novo pronunciamento judicial que substituirá a sentença, assim aplicando-se o efeito substitutivo¹³⁵.

Por fim, em que pese o teor do artigo 512 se refira a decisão e sentença, dessa forma remetendo aos atos decisórios previstos no art. 162 §§1º e 2º, é de se dizer que o efeito em análise aparece em todos os recursos do art. 496. Isto porque, o art. 512 situa-se nas disposições gerais cabíveis a todos os recursos. Assim, conclui-se que a substituição pode ocorrer por meio do julgamento proferido nos embargos de declaração, nos embargos infringentes, no recurso especial, no recurso extraordinário, no recurso ordinário e nos embargos de divergência¹³⁶.

¹³² NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 467.

¹³³ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 282.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 114-115.

¹³⁶ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 283.

2.3.5 Efeito expansivo

O efeito expansivo ou extensivo, faz com que considere-se sem efeito, os atos ou decisões que sejam dependentes da decisão impugnada e que forem incompatíveis com o julgamento do recurso. Tal efeito é decorrência do princípio da causalidade, também conhecido como da concatenação ou ainda da interdependência dos atos processuais. Por este princípio os atos processuais existem uns em função dos outros, dependendo uns dos outros, sendo que a modificação ou extinção de uma decisão atinge todo o segmento processual posterior, que depender daquela decisão¹³⁷.

Destarte, o recorrente pode conseguir por meio do julgamento do recurso interposto, um resultado mais abrangente do que aquele que seria atingido com a simples análise do mérito do recurso. O efeito expansivo acontece, por exemplo, quando o órgão *ad quem*, ao julgar uma apelação em face de sentença de mérito, acolhe preliminar de ilegitimidade ou litispendência. Ainda que o recurso tivesse apenas como objetivo a reforma da sentença hostilizada, esta será invalidada, sendo o processo julgado sem resolução de mérito¹³⁸.

Nelson Nery Junior, ao tratar deste efeito afirma que o efeito expansivo pode ser dividido entre objetivo interno, objetivo externo ou subjetivo. Assim, ocorre efeito expansivo objetivo interno, por exemplo, quando o tribunal, ao julgar apelação interposta contra sentença de mérito, dá-lhe provimento e acolhe preliminar de litispendência. Essa decisão sobre prefacial alcança a sentença, invalidando-a, já que o resultado do julgamento da apelação é a extinção do processo sem resolução do mérito com fulcro no art. 267, inciso V do CPC. O reconhecimento de litispendência faz com que a mesma sentença hostilizada seja atingida pelo resultado do provimento do recurso e a inutilidade do julgamento do mérito. Desta feita, quando o efeito ocorre no mesmo ato recorrido, diz-se que é interno¹³⁹.

Por outro lado, ocorre efeito expansivo objetivo externo quando, por exemplo, dá-se provimento ao recurso de agravo de instrumento. Como em regra, o agravo não possui efeito suspensivo (somente quando o relator concede, vide item retro 1.3.3), o processo principal continua em seu trâmite normal, mesmo com pendência de julgamento de recurso.

¹³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

¹³⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 36.

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 456-457.

Assim, no caso de provimento do agravo, todos os atos processuais praticados depois de sua interposição, que forem incompatíveis com a nova decisão, serão considerados sem efeito, devendo serem refeitos¹⁴⁰.

Quanto ao efeito expansivo subjetivo, este manifesta-se, no caso de recurso interposto por apenas um dos litisconsortes sob o regime da unitariedade, que é aquele segundo o qual se decide de forma uniforme para todos os litisconsortes. Assim, no litisconsórcio unitário o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos forem os seus interesses, conforme disciplina o art. 509 do CPC¹⁴¹.

Deve-se destacar que o art. 509 possui como motivo de existir, a necessidade de que a prestação jurisdicional seja feita de modo uniforme às partes. A respeito disto, explica Pedro Miranda de Oliveira, que “quando a decisão judicial necessita ser uniforme para todas as partes, todos deverão ser atingidos igualmente e na mesma proporção, seja quando proferida em primeiro grau, seja no tribunal, em sede de recurso”¹⁴².

Desta feita, com o estudo do efeito expansivo, encerra-se as exposições do primeiro capítulo deste trabalho, que passará a analisar, em seu próximo capítulo, sobre alguns dos recursos ordinários.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 457.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 85.

¹⁴² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 211.

3. Recursos ordinários: Apelação Cível, Agravo e Embargos de Declaração

Partindo-se de uma concepção ampla, recurso é o remédio processual que o ordenamento disponibiliza às partes, ao Ministério Público e ao terceiro, com o propósito de impugnar a decisão judicial, permitindo que a controvérsia solucionada em primeira instância seja submetida a novo julgamento, em regra, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior àquele que a proferiu. Além disso, para que um dado meio de impugnação de decisões judiciais possa ser considerado recurso é preciso que seja interposto na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão recorrida. Desta forma, não podem ser considerados como recursos, por exemplo, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação rescisória, já que estes iniciam novo processo. Nesse sentido, impende destacar, em que pese o agravo de instrumento origine novos autos, estes estão incluídos no mesmo processo, sendo por isso considerado recurso¹⁴³.

Ressalta-se, que os recursos podem ser classificados de diversas maneiras, como quanto ao âmbito (recurso total e parcial), momento da interposição (recurso independente e adesivo), fundamentação (recurso livre e vinculado), efeitos (recurso suspensivo e não suspensivo) e quanto ao objeto (ordinários e extraordinários). A respeito da última classificação, convém ressaltar a principal distinção entre os dois, isto porque, enquanto o primeiro protege os direitos subjetivos das partes, o segundo tutela o direito objetivo ao verificar se o órgão judiciário aplicou corretamente a lei (no sentido mais amplo). Assim, no conceito de recurso ordinário estão contemplados a apelação cível, o agravo, os embargos de declaração, os embargos infringentes e o próprio recurso ordinário. Já os recursos extraordinários, também conhecidos como excepcionais, englobam o recurso extraordinário, recurso especial e os embargos de divergência¹⁴⁴.

Nessa toada, o presente capítulo tratará, ante limitações impostas pelo objeto da pesquisa, apenas alguns dos recursos ordinários, tais como a apelação cível, o agravo com suas formas de interposição e os embargos de declaração. Imperioso ressaltar que, pelas mesmas razões, não serão examinados os recursos extraordinário e especial, já que somente se relacionam aos embargos infringentes de maneira indireta, na medida em que as súmulas 207 do STJ e 281 do STF não admitem recursos às Cortes Superiores, quando ainda cabíveis embargos infringentes.

¹⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 202-203.

¹⁴⁴ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63-64.

3.1 Apelação Cível

A apelação cível é o recurso admissível para impugnar as decisões do magistrado *a quo* que ponham fim ao procedimento, sejam elas definitivas (com julgamento do mérito) ou terminativas (sem julgamento do mérito). Independentemente do procedimento adotado, seja ordinário, sumário ou especial, o seu encerramento se dá por meio de sentença, sujeita à apelação. Da mesma forma, desimporta que o procedimento seguido pertença à jurisdição voluntária ou contenciosa. Tendo o processo sido extinto por sentença, esta é atacável por apelação¹⁴⁵.

O modelo típico e fundamental de recurso “ordinário” é representado pela apelação. Nenhum outro recurso possui tal importância. A função essencial deste meio de impugnação é revisar a atividade judicante de primeira instância, por meio da análise, a pedido do vencido, feita por órgão judicial de hierarquia superior, capaz de reformar ou cassar a sentença. Desse modo, permite-se que o recurso possua motivação livre, sendo possível alegar tanto vício de procedimento, quanto vício de juízo¹⁴⁶. Tais propriedades ressaltam a reiteração como elemento inerente ao apelo. Assim é que o ônus imposto ao derrotado, decorrente de sentença defeituosa ou de sentença injusta, na visão de Araken de Assis, consegue correção fácil e rápida, através de julgamento de órgão superior. Tem-se a partir daí o elevado sentido garantidor da apelação, tornando-a por isso recurso dificilmente passível de substituição por mecanismo diferente¹⁴⁷.

3.1.1 Hipóteses de cabimento

A apelação tem cabimento, como bem estabelece o art. 513 do CPC, sempre que se desejar combater uma sentença. Pode ser objeto deste recurso, qualquer tipo de sentença desde que se emoldure na definição dada pelo art. 162, §1º, do CPC. Nesse sentido, prescreve o art. 162, §1º, do CPC, que sentença é o ato do juiz fundamentado em algumas das hipóteses do art. 267 ou do art. 269 do Código. Assim, tem-se nas situações do art. 267, a extinção do

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 95.

¹⁴⁶ Necessário se faz distinguir os dois tipos vícios. Trata-se o vício de procedimento da hipótese de o órgão judiciário cometer erro procedimental, como por exemplo, realizar citação por correio, quando deveria ser citado pessoalmente. Já o vício de juízo trata-se em erro na interpretação da lei ou nas questões de fato, como por exemplo, conferir determinado direito ao litigante em contraponto ao previsto em lei.

¹⁴⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 401.

processo, sem resolução de mérito, ao passo que, naquelas do art. 269, haverá “resolução de mérito”¹⁴⁸.

Todavia, necessário ser ressaltado que para uma decisão ser considerada sentença é preciso que acarrete o encerramento do procedimento em primeiro grau. Assim, mesmo situações previstas no artigo 267 ou 269 podem não ser consideradas sentenças. Destarte, por exemplo, quando existirem dois autores no polo ativo, não é possível a interposição de apelação contra o indeferimento parcial da petição inicial, mesmo estando previsto no art. 267, já que nessa situação é possível a continuação do processo com apenas um dos autores. Isso porque, não haveria nenhum sentido prático em admitir essa situação, uma vez que o processo subiria ao tribunal antes mesmo da citação do réu e o processo necessitaria continuar no primeiro grau em autos suplementares ou então seria paralisado, gerando assim tumulto processual desnecessário¹⁴⁹. Nesse aspecto, contra a decisão que não encerra a atividade procedimental em primeiro grau, é cabível o recurso de agravo de instrumento, objeto de estudo dos próximos tópicos.

Convém destacar um aspecto pertinente quanto ao cabimento da apelação. Por vezes, o magistrado *a quo* afirma em sua sentença ter decidido o processo sem exame do mérito, quando na verdade, ingressou no mérito do processo, analisando o pedido da petição inicial. Tal enunciado da parte dispositiva da sentença pode revelar uma preocupação do juiz em não formar coisa julgada, não impedindo a renovação da lide. Contudo, a vontade expressa do juiz ou eventualmente o erro na redação da parte dispositiva não tem o condão de alterar a natureza ou até mesmo impedir a formação da coisa julgada. Se existir análise do mérito, não há o que se discutir, trata-se de sentença definitiva. Para corrigir essa impropriedade basta ao interessado recorrer ao tribunal, por meio de apelação, para corrigir a parte dispositiva do *decisum*. Desta feita, convém lembrar que, não é a aparência do ato, mas o respectivo conteúdo que predetermina sua natureza, e, por conseguinte, a formação da coisa julgada¹⁵⁰.

Por fim, diante da afirmação de que é apelável toda sentença que encerra o procedimento em primeiro grau, faz-se preciso ressaltar a possibilidade de, em certos casos previstos expressamente em lei, ser cabível a impugnação por agravo. Desta forma, é admissível o agravo de instrumento: da sentença que julga liquidação de sentença (art. 475-H, CPC), da sentença que julga impugnação à execução, acolhendo-a ou rejeitando-a sem

¹⁴⁸ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 517.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 519.

¹⁵⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 415.

extinguir a execução (art. 475-M, §3.º) e da sentença que decretar a falência (art. 100 da Lei 11.101/2005).

3.1.2 Efeitos da apelação

Convém dizer que a apelação, assim como a maioria dos recursos¹⁵¹, possui efeito devolutivo. Dessa maneira, por força do efeito devolutivo são transferidas ao tribunal as questões suscitadas pelas partes no processo, com o objetivo de serem reexaminadas. Na verdade, não somente a matéria efetivamente abordada na sentença poderá ser inserida no efeito devolutivo da apelação. Tanto as questões suscitadas e discutidas no processo – mesmo que não decididas por inteiro – como as questões anteriores à sentença – ainda não decididas – poderão ser ventiladas no recurso do apelante, possibilitando ao tribunal sua análise. Isso é o que se depreende das regras encartadas nos arts. 515, §1º, e 516, ambos do CPC¹⁵², *in verbis*:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro

Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas

Nesse sentido, complementa Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que:

A devolução permitida pelo §1º do art. 515 do CPC refere-se a questões suscitadas e discutidas no processo, mas que não foram abordadas na sentença, total ou parcialmente. Nesse caso, caberia ao interessado a interposição de embargos de declaração, ao fim de suprimir a omissão incorrida pelo julgador, ou, para evitar maiores delongas, já intentar seu recurso de apelação, incluindo a matéria, cuja apreciação pode e deve ser feita pelo tribunal¹⁵³.

Além disso, as questões de ordem pública, ainda que não tenham sido discutidas na sentença ou na apelação são passíveis de conhecimento pelo tribunal, por força do efeito devolutivo¹⁵⁴. Nessas matérias, ainda que o interessado tenha deixado de impugna-las no transcorrer do processo, por meio de agravo, não deixará o tribunal de analisa-las por ocasião do julgamento de apelação, não ocorrendo nessa situação o fenômeno da preclusão. Do

¹⁵¹ Convém esclarecer não ser entendimento pacífico da doutrina, de que todos os recursos possuem efeitos devolutivos. Há autores, tais como Cândido Rangel Dinamarco e José Carlos Barbosa Moreira, que consideram haver “devolução” apenas quando a matéria combatida retorna para reexame a órgão hierarquicamente superior o prolator da decisão. Há ainda autores, tais como Fredie Didier Jr e Araken de Assis, que afirmam existir efeito devolutivo, mesmo nos casos em que o feito retorna ao próprio julgador para reexame. Isso porque, para esses autores, os embargos de declaração são considerados como recurso e, sabidamente, os embargos retornam ao mesmo juiz prolator da decisão.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 105.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Convém ressaltar o entendimento de parte da doutrina, já estudado no capítulo 1º, de que a análise de matéria de ordem pública não está incluída no efeito devolutivo, tratando-se na verdade de efeito translativo.

mesmo modo, em questões de ordem pública, admite-se que o órgão julgador revise o juízo anterior, ainda que tenha sido apreciado por meio de agravo de instrumento, podendo se achar necessário mudar o entendimento anteriormente decidido. Isto porque, a preclusão nunca ocorre de baixo para cima e no mesmo grau de jurisdição. Somente ocorre vinculação nas decisões proferidas por órgãos de grau superior em relação aos órgãos inferiores. Assim, questões decididas em acórdãos transitado em julgado, não poderão ser revistas pelo magistrado de primeiro grau¹⁵⁵.

Ainda quanto ao efeito devolutivo, diga-se que este recurso possui devolutividade ampla, ou seja, permite a impugnação de qualquer vício encontrado na sentença, seja vício de forma (*error in procedendo*), seja vício de julgamento (*error in judicando*). Admite-se, assim, apontar tanto a inconformidade formal da sentença – que, por exemplo, não obedeceu os requisitos legais –, quanto o equívoco cometido pelo magistrado – que, por exemplo, não realizou a correta interpretação da lei. Se por ventura sejam encontrados vícios formais na sentença, estes poderão ensejar a anulação da decisão pelo tribunal, devendo então o processo retornar ao primeiro grau para a elaboração de nova sentença desta vez sem os erros formais anteriormente encontrados, salvo em casos excepcionais nos quais o tribunal pode determinar a correção do vício com o posterior retorno dos autos para prosseguimento do julgamento da apelação (art. 515, §4º do CPC). Por outro lado, a alegação de erro de julgamento implica, normalmente, na simples substituição da sentença proferida por nova decisão do tribunal, reanalisando-se o caso sem necessidade de retornar a demanda para o primeiro grau de jurisdição¹⁵⁶.

Esclareça-se que em princípio, o tribunal não deve analisar temas não decididos em primeiro grau, já que hipoteticamente, estar-se-ia violando o princípio do duplo grau de jurisdição. Contudo, esse pensamento vem perdendo espaço principalmente com o artigo 515, §3º. Isto porque, por este dispositivo é possível que a Corte afaste a questão preliminar na qual o magistrado fundamentou-se em sua sentença sem resolução de mérito (art. 267) e julgue desde logo a questão de mérito, sem que os autos necessitem retornar ao primeiro grau de jurisdição. Para tanto, faz-se preciso que a causa esteja “madura” para julgamento, ou seja, que o processo esteja pronto para ser decidido, não havendo provas necessárias para produzir e não existindo fatos que necessitem de maiores esclarecimentos¹⁵⁷.

¹⁵⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 435-436.

¹⁵⁶ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 519-520.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 524.

Contudo, convém ainda ressaltar quanto ao art. 515, §3º, ser necessário verificar se a aplicação do dispositivo ao caso, pode ensejar violação aos princípios constitucionais processuais. Em outras palavras, é preciso analisar se a sua utilização não ofende princípios como do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. Desta feita, apenas quando as partes não tiverem mais alegações ou provas a serem feitas – aptas a influir no convencimento do magistrado – é que será cabível a norma em análise. Isto porque, não sendo necessário ocorrer dilação probatória, o envio do processo ao primeiro grau, para nova sentença, somente gerará desnecessário adiamento da resolução final da lide, uma vez que o tribunal poderá desde já encerrar a demanda¹⁵⁸.

Faz-se necessário dizer ainda, que além do efeito devolutivo, a apelação contém, por regra geral, o efeito suspensivo. Nos termos do *caput* do art. 520 do CPC, a apelação deve ser recebida tanto no efeito devolutivo quanto no efeito suspensivo. Porém, tanto nos incisos do próprio art. 520 do CPC, quanto nos dispositivos de leis extravagantes, esta regra admite exceções, de modo que, em tais casos, a apelação não possuirá efeito suspensivo¹⁵⁹. Nesse aspecto, colhe-se as hipóteses do Código Instrumental:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

IV - decidir o processo cautelar;

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Percebe-se da leitura do artigo supracitado que o órgão competente não possui discricionariedade para o juízo de admissibilidade quando concede efeito suspensivo à apelação. Assim, não cabe ao magistrado, com base em princípios, conceder ou não o efeito suspensivo legalmente previsto. Entretanto, como o ato de admissão do apelo e a declaração de seus respectivos efeitos necessitam ser expressos, subentende-se que, na hipótese de ter a decisão se omitido a esse respeito, foi o recurso recebido no seu duplo efeito (devolutivo e suspensivo). Além disso, eventual desacerto do juiz, ao negar efeito suspensivo à apelação, ou ao concedê-lo nos casos em que ele é excetuado, enseja a interposição de agravo de instrumento, conforme previsão do art. 520, *caput*, do CPC¹⁶⁰.

Por fim, convém ressaltar que pelo artigo 521, primeira parte, após a decisão de recebimento da apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo. Este

¹⁵⁸ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 524-525.

¹⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 116.

¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 443.

dispositivo baseia-se na remessa da competência para decidir o processo ao órgão *ad quem*. Assim, por força deste dispositivo o magistrado *a quo* não poderá modificar a sentença, salvo para corrigir os erros materiais ou ainda outros defeitos que tenham sido alegados por meio de embargos de declaração. Fora das hipóteses admitidas no Código de Processo Civil (artigos 296 e 285-A, §1.º), a sentença proferida é irretratável. Aliás, diga-se que a irretratabilidade da sentença ocorre independentemente da decisão de recebimento da apelação. Isso porque, por força do artigo 463, após “publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; ou por meio de embargos de declaração”¹⁶¹.

3.1.3 Procedimentos da apelação cível

De início, é imperioso dizer que a apelação possui análise de admissibilidade bipartida. É que, pela regra estampada no art. 518 do CPC, o magistrado de primeiro grau deve decidir se recebe o recurso, bem como os efeitos em que a recebe. Após analisado o recurso, deve-se intimar a parte contrária para contrarrazoar, cabendo em seguida, a remessa dos autos ao tribunal, que poderá rever o juízo de admissibilidade já feito, não recebendo o recurso caso intempestivo, por exemplo¹⁶².

O Código de Processo Civil exige que a petição de interposição da apelação contenha alguns requisitos, tais como: o nome, a qualificação do apelante e do apelado, fundamentos de fato e de direito do recurso e o pedido de nova decisão (vide artigo 514, III). Tais requisitos são condições de admissibilidade do recurso, que são analisados pelo magistrado por ocasião do recebimento da apelação. Assim, sendo verificada a ausência de um desses pressupostos, deverá o juiz inadmitir o recurso, cabendo ao apelante recorrer ao tribunal, por meio de agravo de instrumento¹⁶³.

Necessário destacar também a possibilidade do magistrado de primeiro grau não admitir a apelação quando a sentença estiver em conformidade com os enunciados sumulares do STJ e do STF, conforme previsão do art. 518, §1º do CPC, *in verbis*: “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior

¹⁶¹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 455-456.

¹⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 676.

¹⁶³ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 525.

Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. A Lei 11.276/06, com o objetivo de conceder ao processo judicial maior racionalidade¹⁶⁴, determinou a inadmissibilidade de apelações interpostas contra sentenças baseadas em súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, cabe ao juízo *a quo* inadmitir a apelação, caso entenda que a sentença proferida esteja “em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 518, §1º do CPC)¹⁶⁵.

Contudo, há de se dizer que a aplicação do dispositivo supramencionado depende de que a sentença tenha seu único (ou ao menos o determinante) fundamento em súmula de Cortes Superiores. Desta forma, caso a súmula seja apenas um dos argumentos da decisão, não se estará no caso de sentença em conformidade com súmula, como exige a norma. Nesse aspecto, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, explicam:

O desejo da regra, assim, é impedir o cabimento da apelação quando ela tiver por intenção, simplesmente, afastar entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, que fora aplicado na sentença pelo magistrado. Se, na apelação, discutem-se questões que não estão inseridas na problemática da interpretação dada pela súmula, será inaplicável o art. 518, §1.º, do CPC¹⁶⁶.

Outrossim, após admitido o recurso de apelação, deverá ser oportunizada a possibilidade do apelado oferecer contrarrazões. Oferecida a resposta ou não, poderá o magistrado reanalisar os pressupostos de admissibilidade do recurso, caso o apelado alegue que o recurso não deve ser admitido. Nesse aspecto, colhe-se a previsão do artigo 518, §2.º, *in verbis*: “apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”. Convém esclarecer que tal prazo de cinco dias, é considerado prazo impróprio, portanto, poderá o magistrado retratar-se da decisão de recebimento da apelação, mesmo após o transcurso do prazo¹⁶⁷.

Caso o recurso seja admitido pelo magistrado *a quo*, os autos serão remetidos ao tribunal competente, onde devem ser distribuídos a um relator, a quem compete realizar uma nova análise de admissibilidade, sendo possível o não conhecimento da apelação. Do mesmo modo, ao magistrado relator também cabe elaborar relatório, apontando os pontos alegados pelo recorrente, para orientar, no momento do julgamento, os seus pares. Feito isso, deve-se

¹⁶⁴ Esclareça-se que, embora possa se confundir racionalidade e celeridade, trata-se de conceitos distintos. Enquanto a racionalidade está relacionada à lógica do sistema processual, a celeridade está relacionada com a rapidez para a resolução das demandas judiciais. Assim, por exemplo, estando a sentença fundamentada em decisão das Cortes Superiores, por uma decorrência lógica, não faz sentido admitir um recurso desta decisão. Por outro lado, a não admissão desse recurso, faz com que se ganhe celeridade processual, na medida em que se conseguirá desde logo uma resolução final da lide.

¹⁶⁵ USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 130.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 523.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 528.

proceder ao envio do recurso ao magistrado revisor para que este possa analisar o caso. Após esse procedimento, deve o presidente da câmara julgadora designar data para julgamento do recurso, que será incluído em pauta a ser publicado no Diário Oficial da Justiça, com pelo menos quarenta e oito horas de antecedência. Isto porque, devem as partes e seus procuradores tomarem ciência do julgamento, uma vez que possuem o direito de assistir e, inclusive, realizar sustentação oral perante o órgão julgador¹⁶⁸.

No dia do julgamento, fará o relator a leitura do relatório, expondo a causa e os pontos controvertidos da apelação. Após, poderão os advogados sustentarem oralmente seus fundamentos de provimento ou desprovimento do recurso, pelo tempo de quinze minutos cada (art. 554, do CPC). Terminada a manifestação dos procuradores, cada um dos magistrados proferirá seu voto oralmente, examinando a admissibilidade do recurso e, posteriormente, caso admitido, o seu mérito (art. 560, *caput*, do CPC). Proferidos os votos, deve o presidente anunciar o resultado final, designando redator do acórdão, que poderá o mesmo relator do recurso – no caso de seu voto ter sido vencedor –, ou outro magistrado que tenha proferido voto seguido pela maioria dos integrantes do órgão julgador. Lavrado e assinado o acórdão pelo magistrado, este deve ser publicado em Diário Oficial, no prazo máximo de dez dias (art. 564, do CPC)¹⁶⁹.

Por fim, necessário ressaltar a possibilidade dos recursos (incluindo a apelação) serem julgados monocraticamente pelo magistrado relator. Com o objetivo de dar celeridade aos julgamentos, o art. 557 do CPC, permite que o relator, na qualidade de “representante” do órgão fracionário a que pertence, profira decisões monocráticas, que reflitam o entendimento dos outros membros do órgão, assim abreviando o julgamento do recurso¹⁷⁰. Deste modo, examinado o recurso pelo magistrado, este poderá utilizar-se do previsto no art. 557 e negar desde logo seguimento ou provimento à insurgência, por ser, conforme o caso, intempestiva, deserta, inadmissível, manifestamente improcedente ou contrária a súmula ou jurisprudência de tribunal superior ou do próprio tribunal. Pode ainda o relator, utilizar-se do §1º-A do art. 557 e dar provimento ao reclamo, quando a apelação estiver de acordo com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior¹⁷¹.

¹⁶⁸ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 529.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 530.

¹⁷⁰ USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 148.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 130.

3.2 Agravo

O recurso de agravo é o recurso admitido contra toda e qualquer decisão interlocutória proferida por magistrado, salvo quando houver disposição expressa em contrário. Nesse aspecto, decisão interlocutória é todo e qualquer pronunciamento judicial com caráter decisório proferido no transcurso do processo, sendo normalmente, proferidas antes da sentença. Nisso se distinguem da sentença, embora possam existir decisões interlocutórias posteriores a ela. Assim, são consideradas decisões interlocutórias, por exemplo, as decisões em que o juiz indefere ou defere produção de provas, concede ou nega antecipação de tutela, acolhe alegações de vícios, declara os efeitos em que recebe a apelação ou mesmo não a recebe, dentre outros temas¹⁷².

Quanto à decisão que declara os efeitos da apelação, convém esclarecer que, embora o recebimento do recurso em seu duplo efeito (devolutivo e suspensivo) seja considerada decisão interlocutória, esta não é passível de recurso de agravo de instrumento, como ocorre com o não recebimento ou com o recebimento apenas no efeito devolutivo, uma vez que não enseja prejuízo às partes. Contudo, faz-se necessário ressaltar que, excepcionalmente, a apelação recebida também no efeito suspensivo, quando o Código prevê somente o efeito devolutivo (como nos casos previstos nos incisos I a VII do artigo 520), permite a interposição de agravo de instrumento, já que neste caso a decisão causa prejuízo às partes. Assim, por exemplo, a decisão que recebe a apelação no duplo efeito, em face de sentença de condenação de pensão alimentícia, é passível de agravo de instrumento.

Outrossim, muito se discute as vantagens de eventual limitação de recorribilidade das decisões interlocutórias, reduzindo as hipóteses de cabimento do agravo. Desta forma, num primeiro aspecto, com a transferência da análise das matérias para uma nova fase (procedimento recursal), não haveria espaço para obstaculizar o andamento processual. Com isto, conseguir-se-ia atingir a resolução da lide em espaço de tempo menor. Além disso, inúmeros recursos inúteis seriam evitados, já que mesmo a parte prejudicada por uma decisão específica, poderia, ao final, ter sua pretensão acolhida, logo não necessitando interpor recurso. Em suma, haveria uma maximização do uso da máquina pública, com uma resolução da lide mais rápida¹⁷³.

¹⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 687.

¹⁷³ USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 161.

Por outro lado, estas vantagens são impugnadas por argumentos contrários. Nesse aspecto, colhe-se o que afirmam Daniel Ustárroz e Sérgio Gilberto Porto:

Basta considerar a real possibilidade de uma decisão interlocutória produzir dano grave e de difícil reparação ao litigante que, ao final do processo, poderá ser considerado merecedor da tutela. Lesões desse naipe ofuscarão o ideal de livre e efetivo acesso à Justiça. De outra banda, as nulidades, ao invés de serem apreciadas e prontamente sanadas, manter-se-iam íntegras, ameaçando todo o trabalho realizado pelos sujeitos: processos seriam instruídos perante juízos incompetentes, o direito de ouvir testemunhas seria definitivamente analisado após a sentença, a parte postergaria o exercício da denunciação da lide, etc.¹⁷⁴.

Contudo, em que pese a existência desta discussão a respeito da recorribilidade das interlocutórias, o fato é que o Código de Processo Civil vigente admite a possibilidade de recorrer de todas as decisões interlocutórias, somente variando sua forma de interposição conforme o teor da decisão. Nesse sentido, o recurso de agravo pode ser interposto por duas modalidades: retido e instrumento. Deste modo, nos próximos tópicos serão analisadas as formas de interposição do agravo.

3.2.1 Agravo retido

A lei processual brasileira em vigor, é expressa em exigir, de regra, que o recurso de agravo seja interposto na modalidade retida. Nos termos do disposto no art. 522 do CPC, em face de qualquer decisão interlocutória só se admite a interposição de agravo na forma retida, com exceção das hipóteses em que a decisão puder causar “à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”¹⁷⁵.

No agravo retido, a parte recorrente somente manifesta sua divergência em face da decisão interlocutória, através de manifestação fundamentada, sendo apresentada perante o próprio magistrado que proferiu a decisão. Desta forma, deve o agravo permanecer “retido” nos autos do processo de primeiro grau, somente sendo analisado por ocasião do julgamento da apelação, desde que a parte requeira expressamente sua apreciação nas razões ou contrarrazões, conforme prevê o §1º do art. 523¹⁷⁶.

Além disso, segundo afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, é possível que terceiros interessados em ingressar na lide, por exemplo, como

¹⁷⁴ USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 161.

¹⁷⁵ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 532.

¹⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 689.

assistentes ou oponentes, tenham seus pedidos indeferidos, podendo interpor agravo retido. Assim, convém dizer que não cabe ao magistrado de primeiro grau indeferir o pedido de retenção do agravo nos autos, ainda que formulado por terceiros. Interposto o agravo retido, o juiz deve se limitar a recebê-lo. Nesta hipótese formulada pelos autores, é possível que o interesse do terceiro, não suficientemente demonstrado por ocasião da rejeição do magistrado, se mostre evidente no transcorrer do processo, após a produção de provas. Destarte, caso o terceiro sinta-se prejudicado quanto à sentença, poderá interpor apelação e requerer preliminarmente o julgamento do agravo retido¹⁷⁷.

Contudo, de modo diverso, em entendimento minoritário, entende Araken de Assis. Utilizando-se da disposição do art. 527, inc. II, que permite ao relator do agravo de instrumento a conversão em agravo retido quando entender pertinente, afirma o autor ser admissível também ao magistrado converter, de ofício, o agravo retido em agravo de instrumento. Desta feita, não caberia ao juiz de primeiro grau unicamente deferir o pedido de agravo retido aos autos, lhe cabendo também determinar a conversão em agravo de instrumento. Nesse sentido, afirma o autor:

É incumbência do órgão judiciário velar pelo uso do regime correto do agravo. Logo, parece cabível percorrer o caminho inverso e o juiz ordenar a conversão do agravo retido, naqueles casos há pouco examinados, e ordenar sua interposição diretamente no tribunal (art. 524, *caput*), observados os demais requisitos formais (art. 525), cujo atendimento ficará a cargo do agravante¹⁷⁸.

Ressalta-se que, quando interposto o agravo retido, este deverá fazer referência quanto aos sujeitos do recurso, as razões que o fundamentam e o pedido de reforma. Logo após a interposição do recurso, o agravado poderá redigir contrarrazões no prazo de dez dias, cabendo ao juiz proferir decisão de reiteração ou retratação do pronunciamento objeto de agravo. A respeito do assunto Marinori e Arenhart asseveram:

Entende-se que o contraditório em relação ao agravo retido apenas é obrigatório, nos termos acima expostos, quando o magistrado vislumbrar a possibilidade de retratar-se em sua decisão. Não sendo este o caso, dispensa-se a oitiva do agravado nesta modalidade, especialmente porque o recurso não será encaminhado de imediato ao tribunal para apreciação de suas razões¹⁷⁹.

O agravo retido pode ser interposto sob duas formas: a oral e a escrita. Assim, tem-se que o agravo retido será necessariamente interposto sob a forma oral – sendo em seguida reduzido a termo nos autos – quando se tratar de decisão interlocutória proferida durante audiência de instrução e julgamento. Nesse aspecto, ressalte-se que a lei somente

¹⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 173.

¹⁷⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 515.

¹⁷⁹ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 536.

impõe a obrigatoriedade de interposição sob a forma oral nesta audiência. Assim, tratando-se de audiência de outra natureza (de conciliação, de justificação, etc), poderá a parte escolher a forma que lhe bem convir, seja por forma oral ou escrita¹⁸⁰.

Por outro lado, sendo escolhida a forma oral de agravo retido, não basta a parte requerer a consignação de seu protesto ou inconformismo no termo de audiência. Deve o causídico formular suas razões recursais e seu pedido de nova decisão, sob pena do agravo retido não ser conhecido pelo tribunal. Destarte, tendo o agravante recorrido os motivos pelos quais entende ser necessária a mudança da decisão proferida em audiência, cabe à parte agravada, logo após, na mesma audiência, formular contrarrazões, não sendo admitido que o agravado apresente suas contrarrazões por escrito. Feito isso, incumbe ao juiz retratar-se ou manter sua decisão¹⁸¹.

Imperioso ressaltar que a interposição do agravo retido sob a forma oral parte do pressuposto de que a maioria das decisões proferidas pelo magistrado em audiência não ocasionam lesão grave ou de difícil reparação. De modo geral, tratam a respeito da produção da prova e instrução do processo. Contudo, na hipótese de existir decisão gravosa, tal como antecipação de tutela ou cautelar, poderá ser interposto agravo de instrumento, uma vez que se estará presente de uma decisão com provável prejuízo à parte¹⁸².

Cumprido lembrar, que a interposição de agravo oral em audiência deve ser realizada imediatamente após o pronunciamento do magistrado, sob pena de preclusão em relação ao decidido, não se possibilitando após a audiência a interposição de agravo retido¹⁸³.

Por fim, discute-se a respeito da hipótese de se pretender recorrer de duas decisões interlocutórias proferidas em uma única audiência de instrução e julgamento, em que uma for urgente ou causar grave lesão, enquanto a outra não possui este requisito. Nesse caso, diga-se que poderia se pensar na hipótese de atacar uma decisão por meio de agravo retido oral, enquanto que a outra se utilizaria do agravo de instrumento. Contudo, nessa possibilidade deve-se levar em consideração o princípio da singularidade, sendo imperioso interpor um único recurso, qual seja, o agravo de instrumento. Dessa forma, evita-se a interposição simultânea de mais de um agravo contra decisões proferidas na mesma audiência, impedindo-

¹⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 689-690.

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 137-138.

¹⁸² USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 181

¹⁸³ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 536.

se também julgamentos conflitantes dos recursos, uma vez que existe evidente relação entre as decisões¹⁸⁴.

3.2.2 Agravo de instrumento

Outra forma de interposição de agravo é o agravo de subida imediata, por meio de instrumento, cabível nas hipóteses expressas do CPC. Nesse sentido, o art. 522, *caput*, é claro ao dizer que é cabível o agravo de instrumento “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”.

Nesta modalidade de agravo, o recurso é dirigido diretamente ao tribunal competente, sendo este o responsável pela análise do agravo de instrumento. Assim, faz-se preciso considerar que o tribunal não terá acesso aos autos principais, que continuarão em sede de primeiro grau. Por isso, é necessário ao agravante demonstrar com precisão o ponto sob o qual deliberou a decisão agravada, passando ao magistrado a real situação da demanda¹⁸⁵.

Para tanto, determina a lei que a petição de agravo deve vir acompanhada, obrigatoriamente, com a cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação; e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado (art. 525, I, do CPC). O comprovante de preparo das custas, quando preciso, também deve instruir o agravo (art. 525, §1º, do CPC). Além disso, pode a petição de agravo vir acompanhada, também, de outras peças que o recorrente entender necessárias para bem instruir o recurso e melhor explicitar ao tribunal as razões da impugnação (art. 525, II, do CPC)¹⁸⁶.

A responsabilidade pela formação do instrumento é da parte. Desta forma, o recurso não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças obrigatórias elencadas no art. 525, inc. I, bem como das peças necessárias à compreensão da matéria, previstas no art. 525, inc. II. Isso porque, não é admissível a conversão do julgamento em diligência em sede de agravo de instrumento, uma vez que ao se fazer isto se estaria

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 140-141.

¹⁸⁵ USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 163.

¹⁸⁶ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 537.

permitindo a correção ou complementação das razões de agravo e não a mera juntada de documentos¹⁸⁷.

Contudo, de modo diverso, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem ser possível, a intimação do agravante para a juntada de peças necessárias ao julgamento do agravo de instrumento. Afirmam os autores que, embora esta atitude seja incomum, trata-se de posição que está de acordo com o princípio do contraditório e da cooperação. Sobre o tema, os autores aduzem que:

A possibilidade de correção de defeitos processuais, no âmbito recursal, deve ser minimizada, mas não eliminada. A redação do §4º do art. 515 do CPC, embora se refira à apelação, é um indicativo claro nesse sentido: “§4º. Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

No mesmo sentido, discorrendo sobre a jurisprudência do STJ ser favorável à intimação do agravante para complementação do agravo, José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier manifestam-se:

A jurisprudência mais recente do STJ é no sentido de que, reconhecida a necessidade do documento para a compreensão da controvérsia (e não se tratando de documento inserido no rol previsto no inc. I do art. 525), o agravo não deve ser inadmitido liminarmente, devendo, antes, o agravante ser intimado para juntá-lo: “no agravo do artigo 522 do CPC, entendendo o Julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá ser indicado quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento”.¹⁸⁸ Tal orientação nos parece acertada¹⁸⁹.

Quanto ao prazo de interposição do agravo de instrumento, assim como para o agravo retido, este é de dez dias (vide art. 522, *caput*). Nesse sentido, por estar relacionado ao tema, vale dizer que o pedido de reconsideração da decisão não suspende ou interrompe o prazo para interpor o recurso. Tratando-se de pronunciamento judicial agravável por instrumento, a parte não poderá aguardar a admissão ou rejeição do pedido pelo magistrado de primeiro grau. É necessário respeitar o prazo de interposição, podendo o interessado formular o pedido de reconsideração e logo após interpor o recurso de agravo. Assim, caso sobrevenha decisão favorável à parte agravante, o relator julgará prejudicado, com fundamento no art. 529 do CPC¹⁹⁰, *in verbis*: “se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo”.

Por outro lado, é forçoso concluir que o pedido de reconsideração mostra-se desnecessário. Isto porque, após a interposição do recurso, deve a parte requerer a juntada aos

¹⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. Ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 281.

¹⁸⁸ STJ, REsp 1.102.467-RJ, Corte Especial, j. 02.05.2012, rel. Min. Massami Uyeda.

¹⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 178.

¹⁹⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 556.

autos principais, da cópia da petição do agravo, de modo que estando o magistrado *a quo* ciente da impugnação da decisão por ele proferida, poderá exercer juízo de retratação se entender corretas as razões do agravante. Desta forma, como já explicitado anteriormente, caso o juiz modifique sua decisão, o recurso perderá objeto e será julgado extinto.

Dito isto, convém dizer que, após a interposição do agravo de instrumento no tribunal e o sorteio a um relator, cabe a este decidir sobre os argumentos do agravante. Caso assim entenda o magistrado, poderá julgar imediatamente o recurso, conforme prevê o art. 527, inciso I, utilizando-se do julgamento monocrático do artigo 557, *caput*. Deste modo, o Código Instrumental permite ao relator negar seguimento ao agravo quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência do respectivo Tribunal ou de quaisquer Tribunais superiores¹⁹¹.

Outrossim, importante mencionar a possibilidade do relator utilizar-se do artigo 557, §1º-A para de forma monocrática dar provimento ao recurso. Nesse sentido, Daniel Ustárroz e Sérgio Gil entendem que antes desta decisão ser proferida, caberia ao magistrado intimar a parte contrária para apresentar suas contrarrazões, sob pena de violação do princípio do contrário. A respeito do tema, colhe-se o que ensinam os autores:

Se considerarmos o contraditório como a garantia de conhecer os atos do processo e contra eles reagir, nenhuma inconstitucionalidade será observada no provimento monocrático, sem a oitiva da parte contrária. É que o agravado terá a seu favor o agravo interno, com o qual poderá se insurgir. Este parece ser o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (ainda que implícito), uma vez que desconhecemos precedente reputando inconstitucional o provimento monocrático, na forma como usualmente fazer alguns Tribunais da Federação (isto é: sem contraditório prévio). Todavia, se reputarmos que o contraditório assegura a possibilidade de influenciar a formação do convencimento do magistrado, atuando previamente à decisão, fatalmente a conclusão será distinta. Em nosso sentir, a melhor opção é esta última, de sorte que o respeito ao contraditório determina a oitiva prévia do agravado antes da tomada de decisão¹⁹².

No mesmo sentido, Pedro Miranda de Oliveira assevera:

Ao dar provimento ao agravo sem a ouvida do agravado, estará o relator violando diretamente o princípio constitucional do contraditório. E nem se diga que, ao dar provimento ao agravo de instrumento sem a ouvida da parte contrária, o contraditório não estaria sendo violado, pois da decisão do relator cabe agravo interno. Ora, se assim o fosse, não haveria a necessidade da oposição de contestação para a formalização do contraditório, pois, em última análise, da sentença cabe apelação. Enfim, o direito ao contraditório não se confunde com o direito de recorrer¹⁹³.

¹⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 693.

¹⁹² USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 178.

¹⁹³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Apontamentos sobre os poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins, v. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 441

Contudo, é possível que o relator entenda não ser admissível o julgamento imediato do agravo, podendo este adotar outras providências previstas nos incisos seguintes do artigo 527, do CPC. Assim, na hipótese do inciso II do mencionado artigo, poderá o magistrado determinar a conversão dos autos do agravo de instrumento em agravo retido, quando não entender que a decisão impugnada poderá causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Já pelo inciso III do art. 527, na hipótese de a parte requerer expressamente em seu recurso, pode o relator suspender os efeitos da decisão agravada ou deferir pedido de antecipação de tutela recursal, “comunicando ao juiz sua decisão”.

Nesse sentido, no tocante à antecipação de tutela recursal, ainda que o artigo supracitado não afirme expressamente, entende-se que para a sua concessão deverá o relator utilizar-se dos requisitos previstos pelo art. 558, *caput*. Dessa forma, exige-se o respeito a dois requisitos, quais sejam, a relevância da motivação do agravo e o receio de lesão grave e de difícil reparação, caso a decisão agravada seja cumprida. Ressalta-se, deve o agravante alegar e salientar a importância dos motivos ensejadores do agravo de instrumento, não bastando a mera demonstração de receio, para que seja concedida alguma das providências do art. 527, inc. III¹⁹⁴.

Antes de passar à análise dos demais incisos do art. 527, necessário dizer que, pelo parágrafo único do referido artigo, a decisão que converte o agravo de instrumento em retido, que defere ou denega o efeito suspensivo e que concede ou indefere a antecipação de tutela, não é suscetível de recurso. Nesta hipótese, não pode a parte interpor agravo interno contra a decisão do magistrado. Caso faça e não seja admitido, poderá impetrar mandado de segurança. Isso porque, conforme ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “extrai-se claramente do art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009, caber mandado de segurança contra a decisão judicial de que não coube recurso com efeito suspensivo”¹⁹⁵.

Além disso, no mesmo sentido, tratando da irrecurribilidade da decisão do relator, Teresa Arruda Alvim Wambier, afirma ser cabível o mandado de segurança. Isso porque, afirma a autora:

(...) o ato por meio do qual o relator concede (ou não concede) efeito suspensivo ao agravo (ou à apelação), além de ser, de fato, decisão interlocutória, pode causar sérios prejuízos às partes e não tem, como querem alguns, natureza discricionária. Como há muito sustentamos, não há, em nosso sentir, discricionariedade judicial quando tem o magistrado de interpretar conceito vago. Isso porque a

¹⁹⁴ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 562.

¹⁹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 693.

discrecionariedade, em sua concepção tradicional, estruturada no seio do direito administrativo, gera certo grau de indiferença quanto ao fato de se ter decidido do modo X ou do modo Y. Correlatamente a esta indiferença do sistema (= tanto faz ter-se decidido no sentido X ou Y, ambos estão corretos em face da lei), existe certa dose de imunidade do prolator da decisão, fazendo com que esta fique fora de controle.

Não é este o fenômeno que ocorre no que diz respeito à concessão de liminares, que envolvem a interpretação de conceitos vagos, invariavelmente: *periculum in mora*, fundamento relevante, *fumus boni iuris*, prova inequívoca da verossimilhança etc., como já se salientou. Portanto, trata-se de ato, neste caso, impugnável pelo mandado de segurança¹⁹⁶.

Ainda sobre o artigo 527, prescreve o inciso IV, que poderá o magistrado requisitar informações ao juiz da causa, que deverá prestá-las em 10 dias. A solicitação dessas informações, tem como objetivo esclarecer o relator algumas questões, com o objetivo de deferir ou indeferir liminarmente o agravo. Deve o juízo *ad quem* buscar esclarecimentos quando tiver dúvidas se ocorreu alguma das hipóteses do art. 557 ou para que possa verificar se é possível converter o agravo de instrumento em agravo retido. A respeito do tema, explica Teresa Arruda Alvim Wambier que:

Inspirado no modelo do mandado de segurança, manteve o legislador o sistema de o juiz prestar informações, ocasião em que pode manter sua decisão ou exercer o juízo de retratação. Cabe, ainda, perguntar qual seria a natureza desse prazo de 10 dias. Não seria o caso de se poder falar em preclusão, já que o juiz não estaria agindo como tal, à semelhança do que ocorre quando o juiz presta informações, no mandado de segurança? Parece-nos que não. Tenha-se presente que o juiz pode até se retratar quando presta informações, ou simplesmente manter sua decisão, o que se consubstancia em atividade jurisdicional, e, pois, como juiz deve ser tratado pelo sistema¹⁹⁷.

Tomadas estas providências, deverá ser intimada a parte contrária, para que possa manifestar-se sobre o recurso, oferecendo suas contrarrazões no prazo de 10 dias. Para tanto, deve-se intimar o advogado do agravado no endereço indicado pelo agravante em sua petição inicial. Em suas contrarrazões, além da apresentação de seus argumentos, faculta-se ao agravado, a apresentação de cópias de peças dos autos que entender úteis ao deslinde da questão, como bem prescreve o inciso V do art. 527. Após a apresentação das contrarrazões, deve-se abrir vista ao Ministério Público para manifestar-se no prazo de 10 dias¹⁹⁸.

Por derradeiro, transcorrida todas as providências do artigo 527, o artigo subsequente determina que deve o relator pedir dia para julgamento do agravo de instrumento, em prazo não superior a 30 dias. Trata-se de prazo impróprio, não gerando consequências, caso seja descumprido, sendo assim uma simples recomendação ao relator.

¹⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. Ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 362.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 303.

¹⁹⁸ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 540-541.

Ressalte-se, na data do julgamento do agravo, não é possível que as partes façam sustentação oral, por conta do previsto no artigo 554 do CPC. Contudo, em que pese a existência de regra expressa em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier entende que a proibição deve ocorrer somente nas hipóteses nas quais a decisão agravada possui conteúdo de decisão interlocutória. Nesse sentido, afirma a autora:

(...) há casos em que, não obstante seja cabível o recurso de agravo, a decisão recorrida tem conteúdo de sentença. Pense-se, por exemplo, na decisão que, em ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, julga apenas o primeiro pedido, declarando a paternidade do réu, em razão da incidência do art. 273, §6º. Contra tal decisão caberá agravo de instrumento, mas nem por isso tal decisão deixará de ter conteúdo de sentença. Em caso como o ora exemplificado, deverá ser permitida à parte a realização de sustentação oral, não incidindo a vedação do art. 554 do CPC¹⁹⁹.

Por fim, convém dizer a respeito dos efeitos do agravo, do qual modificam-se dependendo do teor da decisão prolatada pelo juízo *ad quem*. Assim, entende-se que sendo provido o recurso, a decisão agravada desaparece por conta do efeito substitutivo, bem como as decisões posteriores à resolução judicial e dela dependentes, ficam sem efeitos. Por outro lado, caso o agravo seja improvido, em princípio restabelece-se a eficácia da decisão agravada, caso a ela tenha sido concedido efeito suspensivo. Ressalta-se ainda, o art. 558, define que o efeito suspensivo conserva-se até o “pronunciamento definitivo” do órgão fracionário do tribunal. Desta forma, após publicada a decisão este cessa, voltando a valer a decisão impugnada²⁰⁰.

3.3 Embargos de declaração

Os embargos de declaração são considerados como recurso, por estarem previstos no rol do artigo 496 do CPC, atendendo, com isso, ao princípio da taxatividade; em suma, são admissíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, sendo igualmente cabíveis quando houver omissão, ou seja, quando magistrado ou tribunal não tiver apreciado ponto sobre o qual deveria ter se manifestado²⁰¹, e ainda quando houverem erros materiais ou raras hipóteses de erros evidentes, sendo que estas duas últimas hipóteses foram “legitimados pela jurisprudência como *fattispecie* autorizadora da oposição de embargos”²⁰².

Este recurso tem como origem o direito português. Originaram-se os embargos de declaração da dificuldade das partes apelaarem diretamente ao rei. Assim, com o tempo surgiu

¹⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. Ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 310.

²⁰⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 592.

²⁰¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 175.

²⁰² BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Embargos de declaração. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74.

a prática de solicitar retratação ou reconsideração das sentenças, ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modifica-las, isto é, alterá-las em algum ponto indicado, em virtude de razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos)²⁰³.

Já no direito brasileiro, em razão da influência lusitana, os embargos de declaração foram inseridos na legislação processual. Assim, o Regulamento n. 737 de 1850, previa o recurso em seus arts. 639, 641, 642 e 643. Com prazo de dez dias para opor embargos de declaração, estes exigiam vícios na decisão, como ambiguidade. Mais tarde, com a criação do Código de Processo Civil de 1939, os embargos de declaração foram incluídos no Livro VII (Dos Recursos), sendo mantidos no CPC de 1973, ainda em vigor²⁰⁴.

Convém ser dito, que os embargos de declaração possuem importância pelo fato de que ao ser necessário prestar a devida tutela jurisdicional e cumprir o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), deve o órgão julgador proferir decisão clara, precisa, atendendo, de forma completa, os limites definidos pelos pedidos do autor, bem como pela defesa do réu. Dessa forma, na possibilidade do órgão julgador proferir decisão que seja incompreensível e incompleta, sendo omissa, contraditória ou obscura, deve-se permitir o uso dos embargos de declaração, para corrigir os defeitos e possibilitar o cumprimento da efetiva prestação da tutela jurisdicional buscada pelas partes²⁰⁵.

3.3.1 Cabimento

As hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios são específicas, de forma que somente são cabíveis quando houver obscuridade, contradição ou omissão em questão (ponto controvertido) do qual o magistrado deve ter se manifestado.

Dessa forma, considera-se omissa a decisão que não se pronuncia a respeito de alguns pontos, tais como: sobre pedido; sobre argumentos importantes alegados pelas partes; ou sobre questões de ordem pública, tendo a parte ou não suscitada antes da decisão. Já a decisão pode ser considerada obscura quando incompreensível, quer seja por ter sido mal redigida, ou por ter sido escrito à mão com letra ilegível. E a decisão é contraditória quando

²⁰³ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 628.

²⁰⁴ BONDIOLI, Luis Guilherme Aldar. Embargos de declaração. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁰⁵ AURELLI, Arlete Inês. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 12.

possui ideias que não se harmonizam entre si, por exemplo, quando os fundamentos vão de encontro ao redigido na parte dispositiva²⁰⁶.

Convém dizer que a omissão na decisão também vai além da análise sobre um pedido. O princípio da congruência (arts. 128 e 460), no qual exige-se a correlação entre o objeto do processo e o objeto da decisão, que transforma a falta de julgamento do pedido em vício de procedimento, cinge-se também as causas de pedir. Assim, ao esquecer-se o órgão judiciário de analisar algumas das causas suscitadas na petição inicial, são cabíveis os embargos de declaração. Pode-se citar como exemplo, o processo de separação entre João e Maria, em que a esposa trouxe fatos que demonstram adultério e embriaguez. Ao sentenciar, o magistrado somente analisa o episódio relacionado ao adultério, esquecendo-se dos relacionados à embriaguez. Nessa hipótese, Maria poderia pedir o esclarecimento da sentença para que o juiz manifeste-se sobre a embriaguez²⁰⁷.

No tocante a obscuridade diga-se que esta caracteriza-se pela falta de clareza, pela desordem das ideias e pela dificuldade na compreensão de algo. Assim, considera-se decisão obscura aquela composta por texto de difícil entendimento, incompreensível em sua inteireza. Desta forma, caracteriza-se pela impossibilidade de compreender o seu conteúdo, em razão da forma como que o magistrado utilizou para manifestar suas ideias sobre as questões discutidas no processo. Nesse aspecto, Luis Guilherme Aidar Bondioli esclarece que:

Nas hipóteses de obscuridade, as palavras empregadas pelo prolator do ato decisório não deixam suficientemente claras as suas intenções, quer porque elas não tem mesmo significado algum, quer porque delas não se consegue extrair uma interpretação segura e objetiva, quer, ainda, por existir mais de uma interpretação possível (ambiguidade)²⁰⁸.

Por sua vez, a contradição provém da existência de afirmações desarmonicas entre si nas partes da decisão. Em suma, as assertivas contraditórias consistem na afirmação e na negação concomitantes. Convém esclarecer que as partes da decisão são o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Além disso, os julgamentos de colegiado, nos tribunais, que são também passíveis de embargos de declaração, possuem também o elemento da ementa, que podem ensejar contradição. Assim, diga-se que haverá contradição na fundamentação da decisão quando, por exemplo, o magistrado declarar o autor parte legítima e, ao mesmo tempo, manifestar sua ilegitimidade para demandar perante o réu. Pode ocorrer também contradição entre a parte dispositiva e a fundamentação, quando, por exemplo, o juiz discorrer

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 176.

²⁰⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 641.

²⁰⁸ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Embargos de declaração. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102.

argumentos favoráveis ao provimento do pedido do autor e sem nenhum esclarecimento, negar provimento na parte dispositiva²⁰⁹.

Além da omissão, obscuridade e contradição, os embargos de declaração, vem sendo admitidos para a correção de erros materiais. Isto porque, permite-se ao juiz, de ofício ou a requerimento de interessado, corrigir erros ou inexatidões materiais (art. 463, CPC), não existindo, em princípio, impedimento em admitir-se que tais erros possam ser demonstrados por meio de embargos de declaração. Segundo o art. 463, I, apenas admite-se a atuação de ofício do juiz, após a publicação da sentença, para corrigir-lhe inexatidões materiais ou lhe retificar cálculos²¹⁰. Além disso, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que:

Há uma tendência jurisprudencial de ampliação do cabimento dos embargos de declaração, admitindo-os para dar ensejo à correção de “equivocos manifestos”, além do erro material, tais como o erro de fato e até decisão *ultra petita*. Uma demonstração disso é a hipótese de cabimento dos embargos de declaração prevista no art. 897-A da CLT, que admite a oposição dos embargos de declaração havendo manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso²¹¹.

Convém ainda destacar a necessidade de interposição de embargos de declaração para suprir a omissão na decisão sobre matéria federal ou constitucional discutida pelas partes no transcurso do processo. Isto porque, somente cabem recurso especial e extraordinário quando há questão decidida no acórdão impugnado, não cabendo tais recursos se o órgão judiciário não decidiu a respeito da matéria objeto do recurso. Havendo omissão, conforme o art. 535, II, a demanda não se encontra “decidida”, naquele determinado ponto, conforme impõe os incisos III dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, sendo portanto necessário a interposição de embargos de declaração²¹².

Se a omissão não for corrigida, não haverá prequestionamento – requisito indispensável para a análise de recurso especial –, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça, consagrada na Súmula n. 211 do STJ, *in verbis*: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal ‘a quo’”. Nesse caso, deve o recorrente interpor recurso especial por violação ao art. 535, por exemplo, para fazer com que o tribunal de origem se manifeste. Contudo, se já existir manifestação do tribunal sobre a matéria, ainda que não tenha sido por provocação da

²⁰⁹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 653.

²¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 176

²¹¹ Ibidem, p. 177.

²¹² ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 646-647.

parte, não se faz necessária a interposição dos embargos de declaração, por já ter sido atendida a exigência de prequestionamento²¹³.

Por fim, de modo diverso entende o Supremo Tribunal Federal. Colhe-se da jurisprudência do STF, julgados que afirmam que a simples interposição dos embargos de declaração constitui-se elemento suficiente para o prequestionamento, não importando se a omissão foi suprida. Nesse aspecto, utilizando-se da interpretação da Súmula n. 356, que afirma: “o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, esses julgados entendem ter ocorrido prequestionamento ficto, ao serem interpostos embargos. Contudo, há de se dizer que este entendimento não é pacífico na jurisprudência do STF, uma vez que existem precedentes recentes do STF, não admitindo prequestionamento ficto (vide 1ª Turma do STF, AI 763.915 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 07.05.2013; RE 591.961 AgR, rel. Min. Rosa Weber, DJe 26.02.2013)²¹⁴.

3.3.2 Efeitos dos embargos de declaração

Os embargos de declaração possuem a característica peculiar de que o próprio órgão julgador ou magistrado que proferiu a decisão embargada, tem a competência para julgá-lo. Isso demonstra que o recurso não se submete ao princípio do duplo grau de jurisdição, em que a reanálise da matéria ocorre por órgão diferente e de hierarquia superior. Contudo, por conta da remessa da matéria recorrida, decorrente do efeito devolutivo que possui, pode o mesmo órgão judiciário proferir nova decisão²¹⁵.

Contudo, em sentido oposto entendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Para os autores, a interposição de embargos de declaração não produz o efeito devolutivo, já que não se remete a matéria impugnada ao conhecimento de outro órgão jurisdicional. Isto porque, os embargos de declaração são apreciados pelo magistrado da demanda, que corrigirá, caso assim entenda, a decisão anteriormente proferida²¹⁶.

Em que pese os respeitáveis argumentos dos argumentos, tem-se o entendimento majoritário de que para a caracterização de efeito devolutivo, não é necessário que a

²¹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 201.

²¹⁴ Ibidem, p. 202.

²¹⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 659

²¹⁶ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 544.

transferência da matéria já julgada, ocorra para órgão julgador diferente ou de hierarquia superior. Nesse sentido, bem esclarecem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

(...) Deve-se considerar, então, que o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para outro ou para o mesmo órgão julgador.

Significa que os embargos de declaração, como já se acentuou, contêm efeito devolutivo. Caso não houvesse efeito devolutivo nos embargos declaratórios, a sua interposição não obstaría a preclusão da decisão embargada²¹⁷.

A devolução se limita à questão impugnada, objeto dos embargos declaratórios. Isto porque, o princípio dispositivo limita a extensão dos embargos, não cabendo ao órgão judiciário, ao apreciá-lo, decidir sobre outros defeitos encontrados, mas não impugnados nos embargos, por conta justamente desse limite imposto pelo princípio. Assim, por exemplo, em uma ação de indenização por danos morais e materiais, se o magistrado somente negar procedência aos danos morais, não se manifestando sobre os danos materiais, numa eventual análise dos embargos de declaração para corrigir essa omissão, não poderá o juiz tratar a respeito dos danos morais, não discutidos no recurso de embargos²¹⁸.

Por outro lado, no tocante ao efeito suspensivo diga-se que a interpretação do artigo 497 faz com que se conclua que os embargos de declaração possuem efeito suspensivo da eficácia da decisão embargada. Contudo, o problema ganha importância prática quando se possui uma decisão liminar. Nessa situação, necessário se faz saber se os embargos de declaração suspendem os efeitos de decisão de antecipação de tutela. Nesse aspecto, colhe-se a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

(...) pela sistemática do CPC/73, os atos judiciais são classificados para definir os recursos que poderão ser interpostos. Da sentença cabe apelação, devendo ser interposto agravo contra decisão interlocutória, ao passo que o despacho é irrecorrível. Do acórdão cabem embargos infringentes, recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso especial ou embargos de divergência. Para cada um desses recursos, há disciplina própria, a estabelecer quais os efeitos que eles têm: há, dentre eles, os que têm efeito suspensivo e os que não têm. Quanto aos embargos de declaração, são cabíveis contra todo e qualquer ato judicial, devendo, então, seguir a regra do recurso cabível na espécie. Assim, se opostos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, como o agravo não tem efeito suspensivo, os embargos também não deveriam ter. Proferida a sentença, se a apelação estiver em uma das hipóteses descritas no art. 520 do CPC, os embargos não teriam efeito suspensivo. Do contrário, ou seja, enquadrando-se a hipótese na regra geral e tendo a apelação efeito suspensivo, então os aclaratórios, no caso, teriam também efeito suspensivo²¹⁹.

Nesse aspecto, necessário ressaltar que não convém permitir a imediata produção dos efeitos próprios da decisão, quando comprometida pelas imperfeições que os embargos visam corrigir e extinguir, por isso a razão de ser do efeito suspensivo. Assim, deve-se por

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 180.

²¹⁸ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 660.

²¹⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 182.

optar neste caso suspender a eficácia do ato defeituoso até o julgamento dos embargos, já que não se pode crer ser devida a eficácia imediata de uma decisão eivada dos vícios ensejadores de embargos de declaração (omissão, obscuridade ou contradição)²²⁰.

Convém esclarecer ainda outro efeito decorrente da interposição dos embargos de declaração que é a interrupção do prazo para novos recursos. Nesse sentido, assim prescreve o artigo 538, *in verbis*: “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”. Dessa forma, esse efeito começa a partir da oposição dos embargos, durando até a publicação da decisão que lhes aprecia. Trata-se de uma opção legislativa inteligente, já que estimula a interposição de recursos somente após a correção dos vícios que podem comprometer a compreensão da decisão, embaraçando o próprio exercício do direito de recorrer²²¹.

Contudo, por vezes a parte contrária não tem ciência da interposição dos embargos pela outra parte, pelo que acaba apresentando recurso que entende cabível. Assim, tem-se nessa hipótese, questão em saber se a parte contrária, após a decisão acolhendo os embargos declaratórios, poderá interpor outro recurso ou poderá complementar a impugnação já interposta. Nessa situação, tem-se como pacífico, de que a parte contrária poderá complementar o recurso já interposto, em exceção ao princípio da consumação, também lhe cabendo modificar o recurso na parte modificada pelos embargos²²².

Convém ainda tratar do parágrafo único do artigo 538 que permite a condenação do embargante em multa. Colhe-se o que afirma o dispositivo:

Art 538. (...)

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Percebe-se da leitura desse artigo, que esta norma visar evitar a interposição de embargos de declaração protelatórios do vencido, com o único objetivo de conseguir-se mais tempo, uma vez que os embargos impedem a formação da coisa julgada, bem como postergam a transcurso do prazo para recorrer. Contudo, é de se dizer que tal multa constitui-se em uma sanção branda, já que por vezes a pena de 1% sobre o valor da causa não é considerada uma importância de dinheiro elevada para a parte que prefere a oposição de

²²⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 662.

²²¹ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Embargos de declaração. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 201-202.

²²² AURELLI, Arlete Inês. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

embargos. Além disso, por ser a multa aplicada em momento posterior, esta não impede que ocorram os efeitos naturais da interposição dos embargos, fazendo com que até o julgamento dos embargos, os prazos sejam interrompidos e a decisão suspensa, sendo o que interessa à parte²²³.

Por fim, convém dizer um aspecto relevante quanto aos efeitos decorrentes do julgamento dos embargos de declaração. É que, os embargos possuem também a possibilidade de terem efeito substitutivo (ou integrativo). Isso porque, caso o recurso seja provido, a decisão proveniente substitui, no todo ou em parte, o ato impugnado, mas somente na parte em que o embargante tenha apontado obscuridade, contradição ou omissão²²⁴.

3.3.3. Procedimento dos embargos de declaração

O interessado em suscitar, em face de alguma decisão judicial (que seja embargável de declaração), sua contradição, omissão ou obscuridade, tem prazo de cinco dias para interpor embargos de declaração, não importando qual o tipo de ato judicial, seja decisão interlocutória, sentença ou acórdão. Para tanto, nesse prazo indicado, deve o embargante oferecer petição escrita, dirigida ao magistrado do processo, indicando o ponto em que acredita ser necessário correção²²⁵.

Por vezes, ocorre de o juiz autor da decisão, assim como o relator do acórdão embargado não mais integrarem o órgão judicial por diversos motivos, tais como aposentadoria, remoção, promoção. Nessa situação, os embargos serão encaminhados ao substituto legal ou regimental que deve julgar o recurso. Isso porque, considerando-se a regra de competência para julgar o recurso, mostra-se descabido a remessa dos embargos interpostos à sentença de magistrado que tenha perdido a jurisdição sobre aquele processo. Além disso, diga-se que o ato decisório torna-se algo objetivo e concreto após a sua publicação, desvinculando-se da pessoa que o subscreveu. Assim, qualquer magistrado poderá corrigi-lo, desde que esteja exercendo a jurisdição no foro ou vara prolator da decisão embargada²²⁶.

Convém esclarecer que os embargos de declaração não se sujeitam a preparo e não confere direito a resposta. Dessa forma, em princípio, não se abre vista à parte contrária para manifestação. Contudo, pode ocorrer que do julgamento dos embargos surja uma

²²³ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 665-666.

²²⁴ Ibidem, p. 679.

²²⁵ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 545.

²²⁶ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 668-669.

modificação substancial na decisão embargada. Ao suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material, o juiz ou tribunal poderá, alterar a decisão embargada. Nessa hipótese, diz-se que os embargos de declaração possuem efeitos infringentes. E para essas situações a jurisprudência entende ser necessário a intimação da parte contrária para manifestar-se. Isto porque, conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “a parte contrária deve ter a oportunidade de participar do convencimento do juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa”²²⁷. Além disso, complementam os autores:

Em hipóteses assim, se os embargos forem julgados, acolhidos e acarretarem a modificação da decisão anterior, entende-se ter havido ofensa ao princípio do contraditório. Tal situação caracteriza, em verdade, um *error in procedendo*, devendo ser anulada a decisão. Em outras palavras, no recurso a ser intentado deve ser postulada a anulação da decisão que acolheu os embargos²²⁸.

Por outro lado, como já visto em tópicos anteriores, os embargos de declaração podem possuir intuitos meramente protelatórios. Nessa hipótese, não demonstrando o embargante em sua petição, que a decisão contém obscuridade, contradição ou omissão, deve o órgão jurisdicional competente não conhecer do recurso, assim como a multa prevista no artigo 538, parágrafo único. Destarte, não sendo conhecido os embargos, não é possível de examinar o mérito. Outrossim, sendo conhecidos os embargos, por ter o embargante demonstrado algum vício na decisão, deve o magistrado examinar os fundamentos e negar ou dar provimento ao recurso, sanando o defeito²²⁹.

No tocante aos embargos de declaração interpostos contra acórdãos, convém dizer que devem ser estes julgados na sessão seguinte à sua interposição, sem a necessidade de intimar o procurador da sua data de julgamento, sendo por isso apresentados em mesa, conforme assim permite o artigo 537. Contudo, de modo diverso entende Araken de Assis, que afirma ser cabível ao relator do recurso, indeferir os embargos por meio de decisão monocrática, mesmo quando o recurso tenha sido interposto em face de decisão colegiada. Nesse sentido, afirma o autor ser possível o julgamento monocrático quando:

(...) a parte interpôs os embargos além do prazo de cinco dias ou omitiu indicação precisa e clara do “ponto obscuro, contraditório ou omissão”, conforme exige o art. 536, *in fine*. Era expresso, ao propósito, o art. 862, §1.º do CPC de 1939. Nada obstante a omissão do art. 536, a competência do relator escora-se firmemente no art. 557, *caput*. Em tais hipóteses, inexistirá modificação do provimento colegiado por decisão singular – e, por isso, o provimento dos embargos, configurado o caso do art. 557, §1.º-A, competirá ao órgão fracionário, e, de toda sorte, o ato do relator,

²²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 198.

²²⁸ Ibidem, p. 199.

²²⁹ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 545.

extrapolando o permissivo legal, comportará impugnação por via de agravo interno (art. 557, §1.º)²³⁰.

Por outro lado, Daniel Ustárroz e Sérgio Gilberto Porto, discorrendo sobre a possibilidade de julgamento dos embargos declaratórios por meio de decisão monocrática, alegam que:

(...) esta prática é extremamente discutida sob o enfoque de sua legalidade. Em verdade, quando os declaratórios são apreciados monocraticamente, pelos Tribunais, de regra é cabível o recurso de agravo para que o órgão fracionário se pronuncie. Em tese, quando cabível recurso no Tribunal de Origem, inadmissível será a interposição imediata do recurso extraordinário ou do recurso especial. É a razão pela qual julgados do Superior Tribunal de Justiça reputam inadmissível a via extraordinária, sem a interposição prévia do agravo ao colegiado, como didaticamente refere o Min. Mauro Campbell Marques: “se o julgamento dos embargos de declaração foi monocrático, caberá agravo regimental para fins de esgotamento de instância; se o julgamento dos aclaratórios for colegiado, cabível o manejo direto dos recursos extraordinários (em sentido amplo)”²³¹²³².

Por fim, convém ressaltar que, da decisão que julga os embargos, pode resultar outra decisão também eivada de vícios. Pense-se, por exemplo, no caso em que uma sentença omissa quanto a um determinado ponto pode, por ocasião da análise dos embargos de declaração, gerar uma nova decisão, desta vez obscura ou mesmo contraditória quanto aquela questão. Assim, diz-se que é possível a interposição de novos embargos declaratórios desta decisão que julgou os embargos anteriores, com o objetivo de complementá-la ou aperfeiçoá-la, bem como de decisões subsequentes, isso enquanto persistir algum vício na decisão judicial²³³.

3.3.4 A importância dos embargos de declaração para interposição de embargos infringentes

No próximo capítulo, estudar-se-á os embargos infringentes no Código de Processo Civil vigente e no projeto de novo CPC. Contudo, antes disso, impende neste tópico, analisar a importância que os embargos de declaração possuem para a interposição de embargos infringentes.

Sabe-se que o elemento característico dos embargos infringentes é a demonstração de divergência entre o voto vencido e vencedor. Para tanto, as razões da divergência devem ser explicitas no acórdão não unanime. Assim, caso o julgador vencido omita sua

²³⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 670.

²³¹ EDcl no AgRg no Ag 1.269.074/RJ, 2. Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 06.10.2010

²³² USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 203.

²³³ MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Teoria geral do processo. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2), p. 645.

fundamentação, é cabível embargos de declaração, já que se estará diante de flagrante omissão. Contudo, assim não entendeu a 6ª Turma do STJ, que em sentido contrário, se manifestou dizendo que o voto vencido não é suscetível de integração por meio de embargos declaratórios porque não compõe o acórdão, uma vez que a jurisdição se exerce com a prolatação do voto vencedor, não sendo admissíveis embargos fora das hipóteses legais ²³⁴.

Nesse sentido, discordando do julgado do STJ, Araken de Assis afirma:

Ora, o vencido exibe interesse em conhecer as razões que lhe outorgam razão, com o fito de sustenta-las nos embargos infringentes. Em ocasião diversa, a 3ª Turma do STJ não conheceu dos embargos interpostos, dentre outras razões, ante a ausência de “adequada fundamentação sobre o voto divergente”²³⁵. Essa orientação parece discutível em virtude da irrelevância dos fundamentos do voto vencido para tornar cabíveis os embargos. Neste ponto, assistiu razão à 2ª Turma, dispensando o cotejo formal entre os fundamentos da maioria e os do voto vencido, porque se mostraria lícito ao recorrente trazer novos argumentos, enriquecendo o debate^{236, 237}.

Convém ressaltar que quando os embargos de declaração versarem sobre matéria contida no voto vencido, abre-se a oportunidade para que nos embargos infringentes seja ventilada também essa particularidade, haja vista que a decisão nos embargos declaratórios passa a integrar o acórdão recorrido. No entanto, se no acórdão dos embargos declaratórios tratar de matéria diversa do mérito da apelação, como no caso de se reconhecer a intempestividade dos embargos declaratórios, não haverá cabimento dos embargos infringentes, isso porque os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo para a interposição de recursos, logo esgotado estará o prazo para interpor embargos infringentes.

Logo, para que os embargos infringentes sejam cabíveis em face da decisão de embargos de declaração, é necessário que os embargos sejam conhecidos e providos para modificarem o julgado. Pode-se citar como exemplo, o caso de acórdão em que suprimindo ponto omissor, acolhe os embargos de declaração, sendo assim cabíveis os embargos infringentes. Já no caso dos embargos serem rejeitados, mantendo o acórdão ainda que não unânime, não é possível a interposição de embargos infringentes. Aliás, nesse sentido é o que afirmou a Corte Especial do STJ:

Reformada a sentença por unanimidade, e rejeitados os embargos de declaração, ainda que por maioria de votos, subsiste incólume o acórdão proferido no julgamento da apelação, não havendo oportunidade para a oposição de embargos infringentes²³⁸.

Por fim, necessário ser dito que por meio de simples petição direcionada ao julgador que proferiu o voto divergente, é possível solicitar declaração de voto vencido, o que

²³⁴ EDcl na MC 5.089/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJe 26.04.2004.

²³⁵ REsp 385.872-RN, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.03.2004, DJe 03.05.2004.

²³⁶ AgRg no REsp 256.977-CE, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18.06.2002, DJe 02.06.2003.

²³⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 602-603.

²³⁸ EREsp 1.087.964-DF, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 31.08.2011, DJe 17.10.2011.

não impede também a interposição de embargos de declaração para delimitar os limites da divergência.

Desta feita, concluindo este tópico, pode-se dizer que os embargos de declaração possuem importância, no caso do voto divergente não declarado ou duvidoso quanto a sua extensão, no bojo do julgamento de ação rescisória ou da apelação, embora sejam cabíveis os embargos infringentes desde logo, já que a apuração se dá pela conclusão do voto e não por sua fundamentação, a interposição dos embargos de declaração possui relevância, mormente nos casos em que não esteja suficientemente claro o ponto de divergência de votos dos julgadores, podendo, assim, o embargante tirar maior proveito do julgado, inclusive para melhor estruturação do recurso dos embargos infringentes.

4. Embargos infringentes no Código de Processo Civil em vigor

Antes de analisar os embargos infringentes no direito pátrio, convém remontar as suas origens históricas. Assim, tem-se que os embargos infringentes surgiram pela primeira vez na legislação lusitana. O recurso apareceu dentre os outros admitidos em Portugal, quando ocorreu a supressão dos antigos “tribunais ambulatórios”, os quais, como o próprio nome explicita, eram tribunais de instância superior itinerantes. Desta forma, os embargos infringentes somente passaram a ter sucesso, quando tais tribunais se consolidaram em locais certos²³⁹.

A dificuldade em apelar a estes tribunais, fez surgir o pedido de reconsideração das sentenças, que podia servir tanto para declarar (embargos de declaração), para alterar, modificando em determinados pontos (embargos modificativos) ou para revogar no todo, ou em parte (embargos ofensivos). Ressalte-se, enquanto os embargos modificativos não atacam a sentença, apenas modificam força e efeitos, os embargos ofensivos, conforme sua denominação lhe caracteriza, atacam a decisão, investem contra ela, não pretendendo apenas modifica-la e sim extingui-la. Na legislação portuguesa, os primeiros embargos a serem aceitos foram os modificativos, de que tratam as Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 105. Já as Ordenações Manuelinas e após as Filipinas adotaram como regra geral, antes das sentenças transitarem pela chancelaria²⁴⁰ e depois somente em casos excepcionais. Quanto às Ordenações Filipinas, os embargos passaram a ser oponíveis a toda e qualquer sentença, conforme assim permitiu o Alvará de 6 de dezembro de 1813²⁴¹.

Com o passar dos anos, a função dos embargos transformou-se, passando a ter dupla função: como resistência do executado – caracterizado pelos embargos remetidos, e de impugnação contra sentenças, já sendo assim semelhante a um recurso ordinário autônomo²⁴². Contudo, os embargos infringentes continuaram vigentes somente até o Código de Processo Civil português de 1876, sendo suprimidos nas alterações processuais seguintes²⁴³.

²³⁹ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 66.

²⁴⁰ Explica Marcelo Negri que o trânsito na chancelaria era uma espécie de assinatura e autorização de publicidade que se dava à sentença, passando a ter o status de “definitiva”.

²⁴¹ MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII: arts. 496 a 538. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 262-264.

²⁴² BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.

²⁴³ JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 259.

Já no direito processual brasileiro, mesmo após a proclamação da independência continuou-se a utilizar as leis portuguesas, por meio das Ordenações do Reino. Assim, pela facilidade com que os agravos e os embargos eram aceitos, a solução do litígio era adiada indefinidamente²⁴⁴.

Todavia, no ano de 1832, surgiu no Brasil a primeira lei regulamentadora de processo civil: a Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil. Esta lei provocou a extinção das normas que sustentavam o direito às réplicas e trélicas, os embargos cabíveis antes da sentença e os agravos de petição e de instrumento, limitando-os aos agravos nos autos do processo. Contudo, essa mudança durou pouco tempo, já que, em 3 de dezembro de 1841, a Lei n. 261, restaurou os agravos de petição e instrumento, mas conservou a proibição aos embargos antes da sentença final. O decreto n. 143, que regulou a Lei n. 261, foi ainda mais claro ao estabelecer, em seu art. 33, a vedação do cabimento de embargos, antes da sentença final, seja de despachos ou sentenças interlocutórias. Essa regra excluía tão-somente os embargos nos feitos sumários, com o objetivo de contestar a ação, o que permanecia excepcionalmente admissível nesse modelo²⁴⁵.

No regulamento 737 de 1850, apareceram os primeiros contornos dos embargos infringentes atuais, ainda que com importantes distinções. Na verdade, a confusa redação dos artigos 639²⁴⁶ e 663²⁴⁷ desta norma fez com que alguns autores concluíssem pela sua inexistência naquele regramento²⁴⁸. Nessa lei criou-se os embargos de nulidade e infringentes do julgado. Nesse aspecto, Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma:

Da mesma forma pela qual disciplinou os embargos, de nulidade e infringentes do julgado, insulando-os entre as regras relativas à apelação, incorreu o Regulamento n. 737 em feio erro de técnica legislativa, que é um dos vários motivos a desaconselhar os elogios que recebeu, inclusive de Mendonça Lima²⁴⁹.

Já no ano de 1874 criou-se uma nova norma, trazendo mudanças ao recurso de embargos. Por meio do Decreto n. 5.618 promoveu-se a conservação dos embargos aos

²⁴⁴ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 70.

²⁴⁵ NEGRI, Marcelo. Op. cit., p. 70-71.

²⁴⁶ Art. 639. Dentro de dez dias depois da publicação ou intimação da sentença (art. 235) poderão as partes opor embargos a sentença de primeira instância, somente se forem de simples declaração ou de restituição de menores.

²⁴⁷ Art. 663. Estes embargos poderão se modificativos ou infringentes do julgado; nelles poderá alegar-se qualquer nulidade nos termos do Cap. I, Tit. II das nulidades, e quando a matéria de facto só poderão ser offercidos sendo acompanhados de prova litteral incontinenti. Ales dos referidos embargos serão ainda admissíveis os de restituição.

²⁴⁸ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 304

²⁴⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, apud BORGES, Marcos Afonso. Embargos infringentes. 3. Ed. rev. e atual. Goiânia: AB, 1998, p. 27.

acórdãos cíveis pronunciados em apelações e execuções, que precisariam ser oferecidos em até cinco dias antes da intimação da decisão. Além disso, esse mesmo decreto estabeleceu, quanto à matéria de embargos, a aplicação subsidiária das disposições do Regulamento n. 737, posteriormente modificado pelo Decreto n. 763/89, que ampliou sua aplicação não apenas às matérias de cunho comercial, como também às civis, com a mesma disposição de cabimento, modo de interposição e processamento²⁵⁰.

Dois anos após, em 1876, institui-se um conjunto de regras processuais civis, que foi denominada como Consolidação Ribas. Nestas normas manteve-se os embargos ofensivos, declarativos e modificativos. Assim, convém dizer que no Período Imperial o legado do direito português foi conservado²⁵¹.

Por outro lado, com a Proclamação da República, ocorreram grandes transformações não apenas políticas, mas também processuais. Nessa época, havia uma preocupação legislativa com a definição de competência para a criação de normas processuais. Esse propósito apareceu na Constituição de 1891 que concedia autonomia para os Estados-membros para formularem normas de processo civil. Dessa forma, a matéria referente aos embargos foi estabelecida por diversas leis, que tratavam principalmente a respeito do procedimento ou do campo de atuação. O que se buscava com esta medida era respeitar (ou copiar) um modelo federativo tipicamente norte-americano, que conferia aos Estados ampla autonomia²⁵².

De forma geral, as codificações criadas pelos Estados estabeleceram os embargos declaratórios, infringentes e de nulidade, sendo os dois últimos aceitos somente em sede de segundo grau, ou seja, contra decisões judiciais ainda não transitadas em julgado, equivalendo a um verdadeiro recurso. Assim, com exceção das normas processuais dos Estados do Espírito Santo e do Distrito Federal, as legislações estaduais conservaram boa parte da sistemática anterior à proclamação da República²⁵³.

Todavia, os Estados continuaram a ter competência para criar leis processuais somente até a promulgação da Constituição Federal de 1934 que passou à União a competência exclusiva para legislar sobre processo civil, permanecendo assim desde então. Poucos anos mais tarde em 1937, outorgou-se uma nova Constituição, mantendo a

²⁵⁰ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 71-72.

²⁵¹ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 304.

²⁵² NEGRI, Marcelo. Op. cit. p. 72.

²⁵³ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Op. cit., p. 305.

competência da União. Dessa forma, em 1939 entrou em vigor o Código de Processo Civil Unitário (Decreto-lei n. 1.608), estabelecendo nos arts. 833 a 840, a disciplina dos embargos infringentes e de nulidade, permitindo tanto o procedimento em primeiro grau quanto em instância superior²⁵⁴.

Nesse sentido, no Código de Processo Civil de 1939 os embargos infringentes foram citados de maneira diferente em dois artigos. Isso porque, o art. 808, inciso II denominou como embargos de nulidade ou infringentes do julgado. Enquanto que o art. 833, versava sobre as hipóteses de cabimento, denominando-o como embargos de nulidade e infringentes do julgado. Deste modo, a diferença entre as expressões “ou” e “e” nos dois artigos provocou dúvidas na época nos quais foram estabelecidos²⁵⁵.

João Claudino de Oliveira e Cruz, tratando sobre os artigos supracitados, critica a utilização da disjuntiva “ou”, pois os embargos de nulidade e infringentes não são a mesma coisa, ainda que possuíssem um mesmo fim, que é a extinção do julgado²⁵⁶. Por outro lado, Pontes de Miranda entendia que “os embargos de nulidade e infringentes do julgado contêm dois recursos – um, o que pode atacar assim a validade da sentença como a validade do processo, se ainda não houve preclusão; outro, que afirma a injustiça do julgado”²⁵⁷.

Por fim, faz-se necessário dizer que em 1973 o atual Código de Processo Civil foi instituído, trazendo consigo o recurso de embargos infringentes nos artigos 530 a 534. Assim, com algumas mudanças provenientes das reformas de 1994 e 2001, este recurso continua vigente até hoje, sendo objeto de estudo nos tópicos subsequentes.

4.1 Hipóteses de cabimento dos embargos infringentes

Antes de analisar as vigentes hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, impende discutir a respeito da reforma promovida pela Lei 10.352, de 26.12.2001. Isso porque anteriormente à reforma de 2001, o artigo 530 estabelecia que: “cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória”. Como se vê, no antigo regime bastava ao cabimento do recurso que o julgamento (em apelação ou em ação rescisória) fosse tomado por maioria. Não se levava em consideração o

²⁵⁴ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 74

²⁵⁵ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 305.

²⁵⁶ CRUZ, João Claudino de Oliveira e. Dos recursos no Código de Processo Civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 192.

²⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XI: arts. 808/852. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 160.

teor da sentença, tão-menos o do acórdão, ou seja, a matéria objeto da divergência não tinha qualquer relevância para a admissibilidade dos embargos²⁵⁸.

Destarte, os embargos infringentes eram admitidos contra o acórdão não unânime, julgador da apelação, não importando o conteúdo da sentença, que poderia ser terminativa (com fulcro no art. 267) ou de mérito, também chamada de definitiva (com fulcro no art. 269). Além disso, mesmo no tribunal, a apelação podia ser ou não conhecida, provida ou improvida, reformando ou anulando a sentença. O que bastava para o cabimento dos embargos era que houvesse voto vencido, podendo ser no juízo de admissibilidade, quanto no de mérito recursal. Em suma, era suficiente que existisse pronunciamento colegiado, em votação não unânime, com força extintiva do processo, a respeito do recurso de apelação²⁵⁹.

Contudo, a reforma de 2001 modificou os artigos 530, 531, 533 e 534, referentes ao recurso de embargos infringentes. Assim, de acordo com a redação modificada do artigo 530, admite-se os embargos infringentes quando, *in verbis*:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Passou-se, assim, a um sistema semelhante ao vigente antes do Código de Processo Civil de 1973. Isso porque, o artigo 833 do CPC de 1939, de maneira expressa admitia embargos infringentes quando o acórdão que julgava apelação civil, fosse não unânime e reformasse a sentença (ressalte-se que o Código de 1939, somente admitia apelação contra sentenças definitivas, conforme o disposto no art. 820 do mesmo diploma). É de fácil compreensão a fórmula adotada pelo legislador no sentido de limitar o cabimento dos embargos infringentes somente à decisão que, por maioria, reforma a sentença de mérito, em sede de recurso de apelação. Ora, quando a sentença de mérito é “confirmada” por maioria no tribunal, na verdade existem três manifestações em um sentido (a do magistrado de primeiro grau e a dos desembargadores prolatadores dos votos vencedores) contra uma em sentido contrário (a do prolator do voto vencido)²⁶⁰.

Nesse sentido, Araken de Assis defende que para uma melhor compreensão do regime geral de admissibilidade dos embargos infringentes é necessário realizar uma decomposição do art. 530, extraindo os elementos de incidência. Colhe-se:

²⁵⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 191.

²⁵⁹ SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes e seu novo perfil (lei 10.352/2001). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 500.

²⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. II. 17. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 101-102.

São os seguintes: (a) acórdãos não unânimes; (b) acórdão (não unânime) proferido em apelação e em ação rescisória; (c) acórdão (não unânime) que houver reformado sentença de mérito ou acórdão (não unânime) que houver julgado procedente ação rescisória²⁶¹.

A grande maioria dos aspectos discutíveis quanto aos embargos infringentes residem em suas atuais hipóteses de cabimento, especialmente após as reformas legislativas. Assim, no transcorrer dos próximos tópicos, apresentar-se-á as controvérsias sobre o assunto.

Porém, antes de examinar-se os pressupostos de cabimento, faz-se preciso esclarecer que os embargos infringentes só cabem contra acórdãos não unânimes. Assim se denominam as decisões dos órgãos dos tribunais, conforme disciplina o artigo 163: “recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais”. A necessidade de que seja acórdão explica-se facilmente, isso porque apenas nas decisões proferidas por órgãos fracionários dos tribunais poderá haver um voto vencido, conseqüentemente, julgamento por maioria (não unânime).

Assim, para que os embargos infringentes sejam admissíveis é imperioso que haja uma divergência de julgadores quanto à conclusão de seus votos e não pelas razões ou fundamentos em que se basearam os magistrados. Contudo, ainda que ocorra divergência nas fundamentações, mas todos julgadores tenham decidido no mesmo sentido (de negar ou dar provimento ao recurso), tem-se uma dupla conformidade, não sendo assim cabíveis os embargos infringentes²⁶².

Por outro lado, não é possível aplicar o mesmo raciocínio anterior quando houverem pluralidade de pedidos fundamentados em várias causas de pedir e na decisão de alguns desses pedidos existirem divergência de votos. Nesta hipótese, são cabíveis os embargos infringentes. Isto porque, o artigo 530 em sua parte final, afirma que “se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Nessa situação, a parte poderá interpor embargos infringentes, unicamente da parte não unânime do acórdão. Dito isso, cabe passar a analisar as hipóteses de cabimento do recurso em estudo.

4.1.1 Acórdão não unânime proferido em apelação

O art. 530, CPC, é claro ao definir o cabimento dos embargos infringentes contra acórdão não unânime que reforma sentença de mérito, em sede de recurso de apelação. Pela leitura do artigo poderia afirmar-se que para a interposição do recurso basta haver sentença reformada por maioria de votos. Contudo, tem-se que os embargos somente serão cabíveis

²⁶¹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 598.

²⁶² Ibidem, p. 602.

quando a divergência de votos na decisão de apelação, relacionar-se com o mérito, e não unicamente com a matéria processual. Isso porque, caso o processo seja extinto sem julgamento de mérito, poderá a parte iniciar nova demanda. Assim, não haverá prejuízo ao não se admitir o recurso de embargos infringentes²⁶³.

Convém ressaltar que a sentença pode ser proferida com fulcro nos artigos 267 e 269 do CPC, conforme entenda o julgador ser possível ou não adentrar no mérito da controvérsia. Quando a decisão do juiz de primeiro grau basear-se no artigo 267, entende-se ter ocorrido julgamento sem resolução de mérito. Por outro lado, quando a decisão do magistrado fundar-se no art. 269, ocorrerá julgamento de mérito. Assim, este é o único critério formal admissível para aplicar o art. 530, primeira parte. A hipótese mais comum de cabimento é quando ocorre a procedência ou rejeição do pedido (art. 269, I). A decisão a respeito da decadência ou prescrição, também significa improcedência do pedido inicial (art. 269, IV). Além disso, tem-se sentença de mérito nas hipóteses de reconhecimento do pedido (art. 269, II), de homologação da transação (art. 269, III), e de renúncia do autor ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, V), sendo passíveis de impugnação por apelação, logo podem ser reformadas²⁶⁴.

Entretanto, imperioso analisar também a possibilidade do julgamento da apelação fundar-se no §3º do art. 515, CPC. Nessa hipótese, o tribunal reforma sentença extintiva (sem resolução do mérito) e decide a matéria de fundo, desde que a causa esteja suficientemente madura. Nesta situação, a doutrina não é pacífica quanto ao cabimento de embargos infringentes em face do acórdão não unânime que dá provimento ao recurso de apelação, com fulcro no parágrafo supramencionado.

Pedro Miranda de Oliveira ao tratar do assunto, afirma ser cabível a interposição de embargos infringentes, sob pena de desencadear à parte considerável dose de insegurança quanto ao exame de mérito pelo magistrado. Nesse sentido, afirma o autor:

Imaginemos a seguinte situação: Duas ações de cobrança. Na primeira, o juiz extingue a ação sem julgamento do mérito, ao argumento de ilegitimidade ativa. Na segunda, o juiz julga o pedido improcedente, ante a alegação de prescrição. Ambos os autores apelam. No tribunal, por maioria, é dado provimento ao apelo nos dois casos, determinando que os réus paguem as respectivas dívidas. No último caso, será possibilitada ao réu a oposição de embargos. No primeiro não, por ausência do pressuposto sentença de mérito. Não tem sentido esta distinção. Um acórdão de mesmo conteúdo dá tratamento distinto para situações semelhantes. Não parece razoável²⁶⁵.

²⁶³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 213.

²⁶⁴ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 605.

²⁶⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaios sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaios de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 195.

Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, Marcus Vinicius Motter Borges tratando do mesmo assunto, afirma que:

Novamente, em que pese respeitáveis argumentos pelo cabimento, pelos mesmos motivos expostos no item acima deste estudo, parece ser incabível o recurso em tal hipótese, porquanto, eles só têm cabimento ‘se houver desconformidade entre o teor da sentença e do acórdão, sendo aquela de mérito’. Em se entendendo pelo cabimento do recurso neste caso, Barbosa Moreira lembra uma incoerência que emergirá, porquanto ‘para assim dispor teria de afastar-se a regra que exclui o cabimento dos embargos os casos de dupla conformidade: faltaria a decisão de primeiro grau com que se confrontar o acórdão’. É certo que, na nova sistemática, devem estar presentes, concomitantemente, a reforma da sentença, o voto vencido e a dupla análise de mérito²⁶⁶.

Não obstante a opinião do precedente autor, tem-se como mais acertada a posição de admissibilidade do recurso nessa hipótese. Isso porque, para o cabimento dos embargos infringentes contra acórdão que julgou apelação é necessário unicamente ter havido pronunciamento sobre o mérito pelo tribunal, não importando se a sentença reformada seja ou não de mérito, sendo o que interessa é que o julgamento do apelo tenha ingressado no mérito, ainda que com fulcro do art. 515 §3º.

Aliás, convém destacar que a jurisprudência não destoia desse entendimento. Nesse sentido, o STJ em julgado da lavra da Ministra Eliana Calmon decidiu ser cabível embargos infringentes para impugnar decisão proferida na forma do art. 515 § 3º²⁶⁷. Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já admitiu o recurso na hipótese descrita²⁶⁸.

Por derradeiro, com a importância que se tem dado ao poder do relator de julgar monocraticamente recursos dentro do tribunal, é necessário ressaltar o cabimento dos embargos infringentes contra o acórdão que julga agravo interno. Disciplinado no artigo 557 §1º o agravo interno é cabível em face da decisão monocrática. Nesse sentido, colhe-se o que Pedro Miranda de Oliveira afirma:

Acreditamos que seja equiparado à apelação apenas o acórdão que julga o agravo interno contra decisão do relator de teor equivalente ao eventual julgamento da própria apelação, ou seja, contra decisão do relator que julga o mérito do apelo. Somente neste caso, o acórdão do agravo interno estará apreciando, na verdade, o próprio mérito da apelação. Daí o cabimento dos embargos infringentes. E, para que este recurso seja admitido, independentemente do teor da decisão monocrática recorrida, é necessário que o acórdão que julgou o agravo interno – confirme ou não o despacho – reforme a sentença²⁶⁹.

²⁶⁶ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 328.

²⁶⁷ AgRg no REsp 1241529-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.06.2013, DJe 01.07.2013.

²⁶⁸ TJSC, Embargos Infringentes n. 2012.076913-2, de Videira, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 10.07.2013.

²⁶⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

4.1.2 Acórdão não unânime proferido em ação rescisória

Na ação rescisória, existem três juízos: de admissibilidade, rescindente e rescisório. No primeiro destes, analisa-se as condições da ação, os pressupostos processuais e os requisitos de admissão do recurso, tais como se a sentença de mérito transitou em julgado e se a parte autora aduziu algumas das hipóteses previstas nos incisos do artigo 485 do CPC. Caso seja ultrapassado este juízo, passa-se ao segundo juízo, em que se verifica se a decisão recorrida deve ser invalidada. E ao final, o juízo rescisório é quando se realiza um novo julgamento da demanda²⁷⁰.

Conforme a regra em vigor antes da reforma promovida pela Lei n. 10.352/2001, ao cabimento dos embargos infringentes não interessava o conteúdo do acórdão embargado. Desde que proferido por maioria de votos, desimportava se houvesse sido anulado, reformado ou confirmado a sentença. Em qualquer dessas hipóteses seriam cabíveis os embargos infringentes. Da mesma forma, não havia importância ao cabimento do recurso, saber em qual dos juízos tivesse sido acolhida ou rejeitada a ação rescisória. Desde que houvesse acórdão por maioria de votos, seria ele passível de embargos infringentes²⁷¹.

Por outro lado, o atual artigo 530 exige como requisito para cabimento dos embargos, que o órgão fracionário julgue a ação rescisória procedente por maioria de votos. Desse modo, a divergência verificada no juízo de admissibilidade, seja a favor do réu ou do autor, não faz com que o acórdão seja embargável. Da mesma forma, não é cabível impugnar por meio de embargos infringentes, a rescisória que é julgada improcedente por maioria de votos. Isto porque, como já ressaltado alhures, tal decisão mantém o julgamento acobertado pela coisa julgada. No caso de divergência sobre a procedência da ação, que pode ser tanto no juízo rescindente quanto no juízo rescisório, admite-se o manejo dos embargos infringentes pelo réu²⁷².

Com a modificação feita pela Lei n. 10.352/2001, somente são cabíveis embargos infringentes, quando a ação rescisória seja julgada procedente, desconstituindo a coisa julgada e alterando a decisão anterior rescindenda. Inadmitida a rescisória, não é possível interpor embargos, já que não se terá modificado a decisão anterior. Por outro lado, quando a decisão

²⁷⁰ SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes e seu novo perfil (lei 10.352/2001). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 508.

²⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 215.

²⁷² ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 613

for rescindida, será cabível o recurso por divergência em qualquer capítulo do acórdão (admissibilidade, rescisão ou rejugamento)²⁷³.

Contudo, de modo diverso entende Sérgio Shimura, ao afirmar ser indispensável à admissibilidade do recurso a configuração de divergência de votos no juízo rescisório, quando for preciso o rejugamento da demanda. Nesse sentido, aduz o autor:

Suponhamos a hipótese em que o pedido de invalidade (juízo rescindente) seja acolhido por maioria de votos, e o pedido de rejugamento provido por unanimidade. Neste caso, descaberiam os embargos infringentes, uma vez que a procedência se deu sem divergência²⁷⁴.

4.1.3 Acórdão não unânime proferido em agravo de instrumento e retido

De início, sabe-se da exigência de que a divergência ocorra em acórdão proferido unicamente em apelação ou em ação rescisória. Entretanto, apesar do previsto no artigo 530 do CPC, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a interposição desse recurso também em outras hipóteses não previstas pelo Código de Processo Civil²⁷⁵.

Na hipótese do agravo de instrumento, tem-se como requisito para o cabimento dos embargos infringentes, a incursão, pelo acórdão recorrido, no exame do mérito do recurso. Existe, assim, a celeuma acerca do exame (ou não) de mérito nos casos em que o CPC afirma expressamente não existir análise (como, por exemplo, a impossibilidade jurídica do pedido) quando na verdade examina-se o mérito²⁷⁶.

Sobre o assunto, Gisele Heloisa Cunha leciona que, antes da vigência da Lei n. 10.352/2001, havendo divergência no acórdão que julga agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu liminarmente a reconvenção (ou a ação declaratória incidental), caberão os embargos infringentes, pois o acórdão “na verdade conterà as hipóteses do art. 267 ou 269, configurando verdadeira sentença”²⁷⁷.

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam:

²⁷³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p 215-216

²⁷⁴ SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes e seu novo perfil (lei 10.352/2001). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 508.

²⁷⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 196.

²⁷⁶ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 323.

²⁷⁷ CUNHA, Gisele Heloísa. Embargos Infringentes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 131.

Admite-se, portanto, embargos infringentes não só contra acórdãos proferidos em julgamento de apelação, mas, também, quando acórdão com conteúdo de sentença de mérito são proferidos no julgamento de agravo de instrumento²⁷⁸.

Além disso, os embargos infringentes são cabíveis em agravo de instrumento que julga processo falimentar. Isso porque, a decisão que julga procedente a falência é recorrível por agravo de instrumento, pois os autos deverão permanecer no primeiro grau de jurisdição para a continuação do processo. Desse modo, enseja recurso de embargos infringentes, o acórdão não unânime que modifica a decisão procedente de processo de falência. Nesse sentido, a Súmula 88 do Superior Tribunal de Justiça estabelece: “são admissíveis embargos infringentes em processo falimentar”²⁷⁹.

Por fim, convém lembrar quanto ao agravo retido que sua análise é realizada preliminarmente ao julgamento da apelação. Assim, na hipótese do agravo conter matéria de mérito (por exemplo, decisão do magistrado rejeitando a alegação de decadência), será admitido embargos infringentes quando o acórdão não unânime decidir pela procedência do agravo retido, uma vez que a decisão possuirá eficácia extintiva do processo. Corroborando o entendimento, a Súmula n. 255 do STJ que estabelece: “cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de direito”²⁸⁰.

4.2 Efeitos dos embargos infringentes

Como já analisado neste trabalho, os recursos são capazes de provocar efeitos jurídicos no processo. Nesse sentido, os embargos infringentes apresentam dois efeitos comuns ao recurso de apelação: o efeito devolutivo e o suspensivo. Dito isso, nos próximos tópicos estudar-se-á esses dois efeitos, de modo que se possa compreender as consequências jurídicas geradas com a interposição do recurso em estudo.

²⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

²⁷⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Op. cit, p. 197-198.

²⁸⁰ SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes e seu novo perfil (lei 10.352/2001). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 507.

4.2.1 Efeito devolutivo

Não se discute que, interpostos os embargos infringentes, devolve-se ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Por vezes, dependendo da estrutura interna dos tribunais, esta reanálise não é feita pelo mesmo órgão que proferiu a decisão embargada. Dessa forma, essa separação entre órgãos *a quo* e *ad quem* faz com que se acentue o efeito devolutivo inerente aos embargos²⁸¹.

Além disso, a extensão do efeito devolutivo está relacionada com o voto vencido da decisão embargada. Desta forma, o limite para o pedido formulado pelo embargante cinge-se ao estabelecido no voto dissidente. Isto porque, no julgamento dos embargos, a Corte se manifestará a respeito dos votos conflitantes, escolhendo qual dos dois deve predominar: o voto seguido pela maioria ou o voto vencido²⁸².

Nesse sentido, para se saber o limite da extensão da devolução, basta analisar o que distingue a decisão do voto vencido e o voto vencedor. Desta maneira, o órgão *ad quem* poderá reanalisar todos os temas debatidos entre esses dois votos (vencido e vencedor). Mesmo que o embargante ultrapasse esse limite em seus pedidos, requerendo mais do que lhe foi concedido no voto vencido, não é possível ao órgão *ad quem* conceder, sob pena de violação ao efeito devolutivo²⁸³.

Destarte, Barbosa Moreira através de exemplo elucidativo, afirma:

Suponhamos que o autor houvesse pedido 100, e no juízo de apelação obtivesse 80, com voto vencido que lhe concedia 85. Neste caso, os embargos não poderiam visar senão ao acréscimo dos 5, que correspondem ao *plus* do voto vencido sobre o pronunciamento da maioria. Se o embargante pleiteia os 5, pode o órgão *ad quem* manter a condenação em 80, negando provimento aos embargos, elevá-la para 85, dando-lhes provimento total, ou fixa-la em *quantum* entre 80 e 85, provendo parcialmente o recurso. Acima de 85, nada mais é lícito ao embargante pedir, nem ao tribunal conceder²⁸⁴.

Impende destacar, por vezes o voto vencido não é expressamente fundamentado no acórdão publicado, fazendo com que se torne difícil saber a extensão da diferença entre os votos vencido e vencedor. Nesta situação, caso o embargante não interponha embargos de declaração em face do acórdão, pode-se ter duas soluções diversas: não admitir os embargos infringentes, diante da inércia do interessado por não requerer a correção do defeito, ou

²⁸¹ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 614.

²⁸² USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. Manual dos recursos cíveis. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 186.

²⁸³ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 313.

²⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 533-534.

interpretar da forma mais favorável ao recorrente, admitindo os embargos infringentes e lhe concedendo a devolutividade na extensão máxima²⁸⁵.

Ressalte-se ainda, ser possível no julgamento dos embargos infringentes, a análise de matérias de ordem pública, ainda que não tenham sido discutidas no processo. Nesse sentido, Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam:

O efeito devolutivo dos embargos infringentes também tem a sua dimensão vertical (*efeito* translativo), o que permite ao órgão julgador que, conhecendo o recurso, reexamine as questões de ordem pública e as demais questões suscitadas e discutidas relacionadas ao capítulo impugnado, já que terá de rejulgar a causa²⁸⁶.

Contudo, destaca-se que este não é entendimento pacífico da doutrina, havendo autores contrários ao exame de questões de ordem pública nos embargos infringentes. Nesse aspecto, colhe-se o posicionamento contrário de Ernane Fidelis dos Santos:

Rigorosa, todavia, é a limitação dos embargos infringentes. Sua incidência fica única e exclusivamente restrita à matéria que é objeto de divergência. Em grau de embargos, a não ser que faça parte da matéria em desacordo, não pode o tribunal conhecer nem daquela que seria de interesse público e que, na apelação, exigiria o conhecimento de ofício, como as nulidades absolutas, os pressupostos processuais, incluindo coisa julgada, litispendência e perempção (art. 267 §3º)²⁸⁷.

Por fim, há ainda quem entenda ser possível a análise das questões de ordem pública, não em decorrência do efeito devolutivo e sim do efeito translativo. Nesse aspecto, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira esclarece que “deve o tribunal de ofício apreciar questão de ordem pública não em virtude do efeito devolutivo, que é restrito à conclusão da divergência, mas, sim, do princípio translativo, nos termos do art. 267, § 3.º, do CPC”²⁸⁸.

4.2.2 Efeito suspensivo

Ainda que não exista artigo específico quanto ao efeito suspensivo dos embargos infringentes, é possível entender que a regra geral deve prevalecer, em análogo entendimento ao aplicado no antecedente Código de Processo Civil de 1939²⁸⁹.

Ocorre nos embargos infringentes uma prolongação dos efeitos já concedidos à apelação, conservando-se dessa forma a mesma situação fática em que se tinha no momento

²⁸⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 616.

²⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 225

²⁸⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil, volume 1: processo de conhecimento. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 785

²⁸⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Embargos infringentes e matéria de ordem pública. Revista de Processo, ano 26, n. 102, abr.-jul. 2001, p. 306.

²⁸⁹ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

da interposição deste recurso. Assim, caso a apelação tenha sido recebida no efeito suspensivo, permanecerá com o referido efeito²⁹⁰.

Por outro lado, caso a ação rescisória ou a apelação não tenha sido recebida no efeito suspensivo, a decisão originária destes recursos continuará sem o efeito suspensivo. Isto porque, a interposição dos embargos infringentes não tem a capacidade de suspender os efeitos da decisão recorrida, se a esta não tenha sido concedido o efeito. Desta feita, caso o embargante queira poderá requerer cautelarmente a suspensão dos efeitos do acórdão recorrido²⁹¹.

Por derradeiro, Araken de Assis, discordando de parte da doutrina²⁹², afirma que a sentença ineficaz em razão da interposição de apelação recebida com efeito suspensivo permanece sem efeitos quando estiver pendente julgamento de embargos infringentes, aduz:

Inversamente, a sentença ineficaz em virtude da interposição do apelo suspensivo permanece nesta condição inoperante na pendência dos embargos infringentes. Buscou-se expressar tal situação através da seguinte fórmula: “Tudo permanece como dantes, ou seja, como no momento da interposição da apelação”²⁹³. É duvidosa, porém, a subsistência integral desse regime no plano prático. Por exemplo, julgada procedente a ação de alimentos, o vencido interpõe apelação, recebida sem efeito suspensivo (art. 520), e, nada obstante integralmente acolhida por maioria, vencido um dos julgadores. O prosseguimento da execução provisória, embora o voto vencido autorize a interposição dos embargos, ofende a letra do art. 475-O, II, que não pressupõe trânsito em julgado do ato que modifique a sentença exequível²⁹⁴.

Sem adentrar muito no mérito da discussão, é preciso dizer que não assiste razão ao argumento do autor. Isto porque, as normas da sistemática do cumprimento de sentença não são aplicáveis à execução de alimentos (ainda que provisória), que possui regramento próprio e admite a execução, mesmo quando pendente julgamento de recurso, sendo por isto uma exceção. Além disso, como dito expressamente no artigo 520, a sentença de alimentos não possui efeito suspensivo, o que faz com que logo após a decisão do magistrado seja cabível a execução provisória que deverá ser suspensa, caso o acórdão seja provido para reformar a sentença.

²⁹⁰ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 315.

²⁹¹ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 222.

²⁹² Por exemplo, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, n. 40.4, p. 709.

²⁹³ FAGUNDES, Seabra *apud* ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 618.

²⁹⁴ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 618.

4.3 Procedimentos dos embargos infringentes no Código de Processo Civil vigente

Simultaneamente às mudanças quanto ao cabimento dos embargos infringentes, a reforma de 2001, também provocou alterações no procedimento, através da nova redação recebida pelos arts. 531, 533 e 534 do Código de Processo Civil. No procedimento anterior à lei 10.352/2001, o relator do acórdão embargado estava incumbido do juízo de admissibilidade após a interposição dos embargos infringentes. Caso fosse admitido o recurso, ocorria o sorteio de novo relator e, após, possibilitava-se ao embargado o oferecimento de contrarrazões²⁹⁵.

Com a nova redação, o relator do juízo de admissibilidade dos embargos infringentes será o mesmo relator do acórdão embargado da apelação ou da ação rescisória. Contudo, o magistrado somente poderá exercer o seu juízo de admissibilidade após a apresentação de contrarrazões pelo embargado. Nesse aspecto, tem-se que a formação do contraditório é realizada antes do recebimento pelo relator, devendo o órgão responsável do tribunal intimar o recorrido para manifestar-se sobre o recurso. Em sua resposta, pode o embargado impugnar a admissibilidade dos embargos, pugnar pela improcedência dos embargos ante o acerto do voto vencedor e também ao mesmo tempo, interpor recurso de embargos infringentes adesivos²⁹⁶ conforme permite o artigo 500, *in verbis*:

Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

(...)

II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;

Quanto à petição de recurso, diga-se que deve ser endereçada ao relator do acórdão embargado. Mesmo o relator sendo vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, entende Araken de Assis, que a figura do redator do acórdão, previsto no artigo 566 (“Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor”) difere-se do relator que não desaparece ainda que seja vencido. Além disso, aduz o autor: “o art. 531

²⁹⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 202.

²⁹⁶ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, P. 316.

reza que apreciará a admissibilidade do recurso o ‘relator do acórdão embargado’, e, não, seu redator”²⁹⁷.

Após a apresentação das contrarrazões pelo embargado, cabe ao relator analisar os requisitos de admissibilidade comuns, a existência de divergência de votos e a relação entre o que pleiteia o embargante e os fundamentos do voto vencido. A respeito do juízo de admissibilidade, colhe-se a afirmação de Araken de Assis:

Em geral, justifica-se a inovação da Lei 10.352/2001, que postergou o exame da admissibilidade para oportunidade posterior ao da resposta do embargado, no fato de essas razões suscitar, às vezes, questões ignoradas pelo relator. Do prisma da economia, o regime parece duvidoso. Ele pressupõe a desatenção de julgadores largamente experimentadores em seus misteres. A nenhum relator razoavelmente atento (*rectius*: aos seus auxiliares) escapam requisitos tão evidentes quanto a tempestividade e o preparo²⁹⁸.

Quanto à decisão de admissibilidade dos embargos, José Miguel Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim Wambier entendem que pode o relator exercer os poderes previstos no artigo 557, quais sejam: juízo de admissibilidade em algumas hipóteses (como recurso prejudicado, caso o pedido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do mesmo tribunal ou das Cortes Superiores); juízo de mérito positivo, caso a decisão embargada esteja em confronto com súmula do STF ou de outro tribunal superior; e também juízo de mérito negativo (negando seguimento ao recurso, como diz a lei), em caso de manifesta improcedência²⁹⁹.

Todavia, em sentido contrário, de maneira acertada, entende Pedro Miranda de Oliveira que não ser cabível ao relator do acórdão embargado conhecer o recurso e julgar seu mérito, dando ou negando provimento. Nesse sentido, esclarece o autor:

A propósito, o texto do art. 531 do CPC é incisivo ao atribuir competência ao relator dito originário. Prescreve a segunda parte do referido dispositivo: ‘o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso’. Como se vê a própria lei delimitou os poderes do relator, autorizando-o, tão somente, a apreciar as condições de admissibilidade dos embargos infringentes³⁰⁰.

Caso os embargos infringentes não sejam admitidos, cabe agravo no prazo de cinco dias, conforme permite o artigo 532, dirigido ao órgão colegiado competente. Noutro lado, a decisão que admite o recurso é irrecorrível, podendo ser revista pelo órgão *ad quem* no momento do julgamento dos embargos.

²⁹⁷ ASSIS, Araken de. Embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

²⁹⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 621

²⁹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

³⁰⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 203.

Sendo o recurso admitido pelo relator, os embargos devem ir para julgamento de mérito em órgão fracionário do tribunal, com composição mais numerosa que do órgão *a quo*. Contudo, caberá aos regimentos internos definirem a composição destes órgãos. Além disso, o artigo 534 recomenda, caso seja possível, o sorteio de um novo relator que não tenha participado da sessão de julgamento do acórdão embargado. Portanto, é possível dizer que o juízo de admissibilidade deve ser feito pelo relator do acórdão embargado, enquanto para o juízo de mérito sugere-se a escolha de outro magistrado não participante do julgamento da decisão recorrida³⁰¹.

No julgamento pelo órgão *ad quem*, poderá o colegiado conhecer ou não do recurso, exercendo juízo de admissibilidade. Sendo admitidos os embargos infringentes, passa-se ao juízo de mérito, quando é verificada a procedência ou a improcedência dos argumentos manifestados pelo embargante³⁰².

Por fim, convém destacar, diferentemente do Código de Processo Civil de 1939, que estabelecia em seu art. 838, parágrafo único, que, no caso de empate no julgamento dos infringentes, manter-se-ia o decidido no acórdão embargado por maioria de votos, o atual Código Instrumental não prevê tal situação. Dessa forma, para evitar o desconfortável empate, os regimentos internos dos tribunais estabelecem número ímpar de julgadores nos órgãos fracionários responsáveis, e caso ausentes alguns dos julgadores, fazendo com que a sessão tenha número par de magistrados, o presidente deve proferir o voto de desempate. Nesse aspecto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ser válido o julgamento no qual ocorrendo empate na votação, aplica norma prevista no regimento interno de teor idêntico à antiga norma processual, determinando como resultado o desprovimento dos embargos infringentes, mantendo-se a decisão do acórdão não unânime³⁰³.

4.4 O Projeto de novo Código de Processo Civil

Nas últimas décadas ocorreram inúmeras transformações em todos os setores da sociedade. E o direito não poderia permanecer indiferente a tais mudanças. Com a Constituição Federal de 1988 e as legislações que se seguiram, o direito brasileiro sofreu

³⁰¹ BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 318.

³⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. II. 17. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 107.

³⁰³ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 626.

diversas mudanças. Além disso, a nova ordem constitucional ampliou os direitos dos cidadãos, promovendo o acesso à justiça³⁰⁴.

Dessa forma, pode-se dizer que a sociedade se modificou. Com isto, as relações jurídicas se alteraram, sendo cada vez mais frequente perceber uma mesma situação fática ou jurídica atingindo inúmeras pessoas, como ocorre, por exemplo, com eventuais modificações na legislação tributária; com problemas decorrentes das relações de consumo envolvendo empresas de telefonia, a formação de monopólios, a cartelização e diversas outras situações vivenciadas nas últimas décadas, afetando um número indeterminado de pessoas. Tais problemas, não raro desaguaram no Judiciário, que passou a exercer uma espécie de *jurisdição de massa*³⁰⁵.

Estes infindáveis e por vezes inevitáveis acontecimentos oriundos de diversas fontes ou causas, provocou um excessivo aumento de demanda pela prestação jurisdicional e por isso tem sido constante a preocupação em se estabelecer mecanismos que possam proporcionar aos jurisdicionados uma resposta mais efetiva e num prazo de duração razoável.

Deste modo, ao tratar sobre a efetividade do processo, Barbosa Moreira esclarece:

Efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos. Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material³⁰⁶.

Diante desse contexto, com o fenômeno crescente de jurisdicionalização das situações cotidianas, percebeu-se que o Código de Processo Civil de 1973 precisaria ser alterado, o que ocorreu especialmente a partir da década de 90 com a criação de diversas leis.

Em 1992, iniciou-se a primeira das ondas de reforma, com o advento da lei n. 8.455/1992, que dentre as mudanças permitiu a dispensa da realização de perícia, quando fossem juntados laudos junto com a petição inicial e a contestação³⁰⁷.

³⁰⁴ SILVA, Paulo Henrique Moritz Martins da. Breves considerações sobre o projeto do novo código de processo civil – PLS 166. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 138.

³⁰⁵ SILVA, Paulo Henrique Moritz Martins da. Breves considerações sobre o projeto do novo código de processo civil – PLS 166. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 138.

³⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. Revista de processo, vol. 105, jan. 2002, p. 181

³⁰⁷ TESHEINER, José Maria. Notas sobre as reformas do código de processo civil, de 1992 a maio/2008. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 88.

Já em 1994, tem-se como destaques da segunda onda de mudanças do CPC, as leis n. 8.952/1994 e n. 9.139/1995. Enquanto a primeira criou o importante instituto da antecipação de tutela, a segunda modificou os artigos referentes ao agravo de instrumento, que passou a ser interposto perante o tribunal *ad quem* e não mais perante o juízo *a quo*³⁰⁸.

Percebe-se assim, a importância dessas leis que criaram e modificaram institutos relevantes, ainda vigentes. Nesse sentido, ao discorrer sobre as reformas ocorridas entre 1992 e 1995, Sérgio Bermudes afirmou que:

A leitura dessas leis, elaboradas com apuro técnico, revela o cuidado do legislador com a efetividade do processo. Buscaram todas elas tornar o processo judicial, que o CPC regula, ágil e seguro instrumento de administração da justiça civil no país. Oxalá, ao propósito das leis corresponda o dos seus aplicadores, porque só deles dependerá a realização dos objetivos das normas³⁰⁹.

Nos anos seguintes, outras transformações ocorreram, representadas especialmente pela lei n. 10.352/2001 (integrante da terceira onda de reformas do CPC) que autorizou o julgamento de mérito pelo tribunal, ainda que o processo tenha sido extinto sem análise de mérito (art. 515 §3º). Já pela lei 11.672/2008, incluída na quarta onda de reformas, criou-se o procedimento para julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça³¹⁰.

Nesse sentido, após mais de quarenta anos desde a promulgação do Código de Processo Civil, já foram criadas sessenta e quatro leis modificando seu texto original. Dessa forma, tem-se que com a reforma promovida por diversas leis, o CPC de 1973 transformou-se em uma verdadeira “colcha de retalhos”, cabendo desse modo à doutrina interpretar os institutos e tentar sistematizar seu conteúdo, “dando-lhes operabilidade que corresponda aos anseios de um processo justo e de uma resposta jurisdicional tempestiva”³¹¹.

Por ter o Código vigente, sofrido tantas modificações, este acabou perdendo grande parte de sua unidade lógico-sistemática, sendo por isso conveniente a construção de um novo CPC, elaborado de forma consistente sobre os princípios estruturantes do moderno processo civil, restaurando a sistematicidade perdida³¹².

³⁰⁸ TESHEINER, José Maria. Notas sobre as reformas do código de processo civil, de 1992 a maio/2008. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 90.

³⁰⁹ BERMUDES, Sérgio. A reforma do código de processo civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8

³¹⁰ TESHEINER, José Maria. Op. cit., p. 91-92.

³¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar. A importância do novo CPC para o desenvolvimento do processo civil consequência da consolidação da jovem escola brasileira. Revista de Processo, vol. 226, dez. 2013, p. 386.

³¹² TEIXEIRA, Paulo. Parecer do Relator-Geral - apresentado em 02.07.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acessado em 06.11.2014

Destarte, considerando essa falta de sistemática no Código vigente, bem como a necessidade da coerência interna e o caráter sistêmico para que se possa transmitir segurança jurídica à sociedade brasileira, criou-se no ano de 2009 uma Comissão de Juristas, com o objetivo de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Por meio do ato n. 379, a Presidência do Senado Federal, no ano de 2009, instituiu a comissão de juristas, tendo como presidente o Ministro Luiz Fux e relatora-geral Teresa Arruda Alvim Wambier, sendo ainda formada pelos juristas: Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³¹³.

Após 6 meses de reuniões e audiências públicas, no dia 8 de junho de 2010, a comissão apresentou o anteprojeto ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, com a devida Exposição de Motivos³¹⁴. Nesse aspecto, com o objetivo maior de reduzir a complexidade do CPC, para a elaboração do novo Código a Comissão pautou-se por cinco objetivos, colhe-se:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão³¹⁵.

Desta forma, para cada um desses objetivos, a comissão elaborou um conjunto de procedimentos, sendo alguns destes estudados com mais detalhes no próximo tópico.

Convém dizer que, após o Anteprojeto ser entregue ao Presidente do Senado, este tramitou na casa na forma do Projeto de Lei do Senado (PLS) n° 166/2010, tendo sido relator o Senador Valter Pereira. Diversas emendas foram propostas pelos senadores, sendo que destas o relator as sintetizou em um projeto substitutivo, apresentado no Plenário e aprovado no dia 15 de dezembro de 2010³¹⁶.

³¹³ TEIXEIRA, Paulo. Parecer do Relator-Geral - apresentado em 02.07.2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acessado em 06.11.2014

³¹⁴ MARINORI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

³¹⁵ Anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acessado em 06.11.2014.

³¹⁶ Notícias do Senado Federal: Segue para a Câmara o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/12/15/segue-para-a-camara-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acessado em 15.11.2014.

Em resumo, o Senado não promoveu profundas modificações em relação ao Anteprojeto apresentado pela comissão de juristas. A estrutura elaborada pelos juristas manteve-se com o Livro I dedicado à parte geral, o Livro II ao processo de conhecimento, o Livro III ao processo de execução, o Livro IV aos processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais e o Livro V dedicado às disposições finais e transitórias³¹⁷. Já dentre as mudanças feitas destaca-se a de que o projeto aprovado criou 38 artigos, além dos 970 artigos já propostos no anteprojeto.

Assim, tendo sido aprovado no Senado, o projeto iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados no dia 22.12.2010, recebendo a denominação de Projeto de Lei nº 8.046/2010 e a relatoria-geral originária do deputado Sérgio Barradas Carneiro, posteriormente substituído pelo deputado Paulo Teixeira.

Na Câmara, criou-se uma Comissão Especial, responsável pela elaboração de parecer sobre o projeto, sob a presidência do Deputado Fábio Trad. Durante a sua tramitação na Câmara Federal, foram apresentadas 900 emendas e apensados 146 projetos de leis que já tramitavam na casa.

Também dividiu-se o projeto na Comissão Especial entre cinco relatores parciais com o objetivo de dar mais eficiência aos trabalhos, responsáveis pelo exame de conjuntos de dispositivos agrupados de acordo com a matéria. Desta maneira, ao deputado Efraim Filho coube a análise da Parte Geral, ao deputado Jerônimo Goergen lhe competiu o Processo de Conhecimento e o Cumprimento de Sentença, ao deputado Bonifácio de Andrada coube a análise dos Procedimentos Especiais, ao deputado Arnaldo Farias de Sá lhe foi incumbida o estudo da parte referente ao Processo de Execução e ao deputado Hugo Leal a análise de Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e às Disposições Finais e Transitórias³¹⁸.

Destarte, após quase três anos de trabalho, a Comissão Especial aprovou, no dia 17.7.2013, o Projeto de Lei nº 8.046 com diversas modificações feitas pelos seus integrantes. Antes ainda da votação do novo CPC no Plenário da Câmara, houve modificações no projeto

³¹⁷ SILVA, Paulo Henrique Moritz Martins da. Breves considerações sobre o projeto do novo código de processo civil – PLS 166. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 139.

³¹⁸ Parecer do Relator-Geral - Dep. Paulo Teixeira - PT/SP (apresentado em 02/07/2013). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acessado em 06.11.2014

aprovado, acolhendo as sugestões formuladas por deputados que participaram da comissão geral³¹⁹ realizada na sessão plenária da Câmara.

No dia 5.11.2013, iniciou-se a votação do projeto no Plenário da Câmara dos Deputados com a aprovação dos primeiros 318 artigos, correspondentes à Parte Geral. No dia 26.11.2013 os deputados aprovaram o restante do texto-base do novo Código de Processo Civil³²⁰. Contudo, restaram ainda quarenta destaques que tratavam de pontos polêmicos nos quais foram separados para votação individualizada³²¹.

Depois de três meses de tentativas de votação dos destaques, no dia 04.02.2014 retomou-se a votação do CPC, com o Plenário rejeitando o destaque do Partido Progressista, mantendo a previsão do novo Código de destinar honorários de sucumbência aos advogados públicos. No mesmo dia, os deputados também rejeitaram outro destaque, que possibilitava aos oficiais de justiça atuarem como mediadores em processos³²².

No dia 05.02.2014 outros destaques foram votados, sendo rejeitado o que permitia aos funcionários de cartórios a atuação como oficiais de justiça e aprovado o que concede às partes a possibilidade de mudanças no procedimento, desde que acordadas entre elas.

Alguns dias após, no dia 11.02.2014, o Plenário aprovou a emenda que excluiu a possibilidade do juiz determinar a penhora on-line de bens e valores em processos de execução de dívidas por meio de tutela antecipada³²³.

Da mesma forma, no dia 11.03.2014 o Plenário aprovou outras mudanças no projeto, com destaque à emenda, que reincluiu no texto a prisão em regime fechado para o devedor de pensão alimentícia, já que o projeto original aprovado pela comissão especial havia previsto apenas o regime semiaberto para quem não pagasse a pensão alimentícia³²⁴.

³¹⁹ A sessão plenária da Câmara pode ser transformada em comissão geral para debater assunto relevante, projeto de iniciativa popular ou para ouvir ministro de Estado. Nesta ocasião, diferentemente dos debates ocorridos durante a votação de matérias, além dos deputados, representantes da sociedade civil podem participar e falar.

³²⁰ Notícias da Câmara Federal: Câmara aprova texto principal do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/457999-CAMARA-APROVA-TEXTO-PRINCIPAL-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>. Acessado em 15.11.2014

³²¹ Notícias da Câmara dos Deputados: Plenário pode votar destaques ao Código de Processo Civil no mês que vem. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/461103-PLENARIO-PODE-VOTAR-DESTAQUES-AO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-NO-MES-QUE-VEM.html>. Acessado em 15.11.2014.

³²² Notícias da Câmara dos Deputados: Plenário retoma votação dos destaques ao CPC na manhã desta quarta-feira. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/461431-PLENARIO-RETOMA-VOTACAO-DOS-DESTAQUES-AO-CPC-NA-MANHÃ-DESTA-QUARTA-FEIRA.html>. Acessado em 15.11.2014.

³²³ Notícias da Câmara dos Deputados: Novo CPC: Plenário aprova emenda e limita penhora on-line de contas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/461865-NOVO-CPC-PLENARIO-APROVA-EMENDA-E-LIMITA-PENHORA-ON-LINE-DE-CONTAS.html>. Acessado em 15.11.2014.

³²⁴ Notícias da Câmara dos Deputados: Novo CPC: Plenário reinclui prisão fechada para devedor de pensão alimentícia. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/463455-NOVO->

Seguindo-se à votação dos destaques, no dia 12.03.2014 o Plenário aprovou diversas mudanças, tais como a de que para ser concedida a suspensão de uma decisão judicial, se faz necessário demonstrar a probabilidade do recurso ser provido; a possibilidade de envio de recurso ao tribunal contra decisão de juiz, sem a necessidade de que esse mesmo magistrado declare se o recurso tem condições de avançar para a próxima instância; e rejeitou o destaque que possibilitava ao juiz determinar a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar, para fazer cumprir decisão que imponha a obrigação de fazer ou de não fazer.

Por derradeiro, após a análise de todos os destaques, no dia 26.03.2014 o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o texto final do projeto do novo Código de Processo Civil (CPC), após revisão final da comissão especial, que analisou o Código já com os destaques aprovados em Plenário. Dessa forma, o texto, enviado ao Senado, foi um substitutivo do relator da comissão, deputado Paulo Teixeira, com as emendas de redação aprovadas³²⁵.

Após o retorno do projeto ao Senado, o presidente Renan Calheiros constituiu nova comissão temporária formada por onze senadores titulares e oito suplentes, presidida pelo Senador José Pimentel. Estes terão a função de estudar as alterações feitas pelos deputados no projeto do novo Código. Além disso, também foi criada nova comissão de juristas para prestar apoio aos senadores, presidida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, que também foi presidente da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto apresentado em 2010³²⁶.

Por fim, faz-se necessário esclarecer que na etapa atual no Senado Federal, qualquer senador, mesmo não pertencendo à comissão temporária poderá sugerir emendas. Contudo, o projeto somente poderá receber emendas de redação (para alterar expressões) ou supressivas (para retirar do texto inclusões feitas pelos deputados). Passados alguns meses desde o retorno do projeto ao senado, este ainda não foi aprovado pela Comissão Especial. Desta feita, não tendo sido ainda aprovado pelo Senado Federal, o projeto de novo Código

CPC-PLENARIO-REINCLUI-PRISAO-FECHADA-PARA-DEVEDOR-DE-PENSAO-ALIMENTICIA.html. Acessado em 15.11.2014.

³²⁵ Notícias da Câmara dos Deputados: Plenário aprova redação final do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/464593-PLENARIO-APROVA-REDACAO-FINAL-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>. Acessado em 16.11.2014.

³²⁶ Notícias do Senado Federal: Pimentel presidirá Comissão do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2014/06/04/pimentel-presidira-comissao-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acessado em 16.11.2014.

que será estudado no próximo tópico será a versão aprovada pela Câmara dos Deputados no dia 26.03.2014³²⁷.

4.5 Estrutura, principiologia e principais inovações recursais do projeto de novo Código Instrumental

Com 1.086 artigos, o projeto aprovado na Câmara dos Deputados possui em sua estrutura nove livros (além do Livro Complementar, concernente as disposições transitórias), divididos entre Parte Geral e Especial. Os seis primeiros formam a parte geral sendo eles: “Das Normas Processuais Cíveis”, “Da Função Jurisdicional”, “Dos Sujeitos do Processo”, “Dos Atos Processuais”, “Da Tutela Antecipada” e “Formação, Suspensão e Extinção do Processo”. Já a parte especial é composta por três livros: “Do processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”, “Do Processo de Execução” e “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”.

O Livro I da parte geral inicia-se com o capítulo primeiro formado por um rol de princípios que orientam as demais regras do projeto de novo código. Dentre esses princípios podemos citar o princípio do contraditório e da ampla defesa (já estudado neste trabalho), presente em vários artigos do projeto, dentre os quais convém destacar o artigo 10º que aduz:

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

O artigo em destaque constitui-se uma novidade no sistema processual. Com este dispositivo não mais poderá ocorrer “decisões surpresa”, em que as partes são surpreendidas com resoluções judiciais nas quais não tiveram oportunidade para manifestar-se. Desta forma, mesmo encontrando questões de ordem pública, o magistrado deverá intimar as partes para que se pronunciem a respeito daquele determinado ponto, antes de proferir sua decisão.

Com este primeiro livro da parte geral percebe-se que quis o legislador do novo CPC inserir alguns dos princípios processuais constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, positivando assim as garantias fundamentais que assegurem o devido processo legal, bem como os princípios dele decorrente.

Ressalta-se que, não por acaso, um dos objetivos da criação do novo Código de Processo Civil é justamente aproximar o Código de Processo Civil à Constituição Federal,

³²⁷ Notícias do Senado Federal: Juristas tentam encontrar soluções para divergências entre versões do novo CPC. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/06/11/juristas-tentam-encontrar-solucoes-para-divergencias-entre-versoes-do-novo-cpc>. Acessado em 16.11.2014.

criando uma relação de reciprocidade entre ambos. Nesse sentido, colhe-se excerto da exposição de motivos formulada pela comissão de juristas:

1) A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República* fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com *contraditório* e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”³²⁸.

Por outro lado, também foram positivados no projeto do novo Código princípios fundamentais dos recursos. Nesse sentido, impende ressaltar quanto ao princípio da fungibilidade, não previsto no código vigente e que no projeto aprovado na Câmara dos Deputados percebe-se, de forma expressa, a sua previsão em alguns dispositivos, como por exemplo, na parte relativa aos embargos de declaração. Nessa toada, estabelece o § 2.º do art. 1.037 do referido projeto de lei que o órgão julgador poderá conhecer os embargos de declaração como agravo interno, caso este recurso seja cabível, devendo ocorrer neste caso a intimação do recorrente para fins de complementação das razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do recurso, isto no prazo de cinco dias. Nesse sentido, colhe-se:

Art. 1.037

(...)

§ 2º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.034, § 1º.

Dito isso, imperioso passar à análise do Livro III da Parte Especial que trata a respeito dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação às decisões judiciais. Convém esclarecer, em que pese a existência de diversas mudanças nos outros livros do projeto de novo Código de Processo Civil, tem-se como imprescindível o estudo das inovações recursais, eis que este é o objeto de estudo do presente trabalho.

Nesse aspecto, necessário ser dito que houve supressões e restrições em relação ao CPC vigente. Nessa toada, convém destacar a supressão do agravo retido, que não poderá mais ser interposto. Para tanto, deve a parte impugnar em seu recurso de apelação ou em contrarrazões, as questões não agraváveis por agravo de instrumento, em que acredita ter ocorrido violação de seu direito, como bem prevê o parágrafo 1º do artigo 1.022 do projeto do novo Código. Contudo, imperioso ressaltar que somente não incidirá a preclusão nas decisões nas quais a parte manifeste seu protesto ao magistrado de primeiro grau. Nesse sentido, colhe-se:

³²⁸ Anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acessado em 06.11.2014.

Art. 1.022. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, têm de ser impugnadas em apelação, eventualmente interposta contra a sentença, ou nas contrarrazões. Sendo suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em quinze dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 2º A impugnação prevista no § 1º pressupõe a prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão; as razões do protesto têm de ser apresentadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação, nos termos do § 1º.

Já quanto ao recurso de agravo de instrumento, este mantido no novo projeto, somente será cabível nas hipóteses enumeradas no artigo 1.028, *in verbis*:

Art. 1.028. Além das hipóteses previstas em lei, cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que:

I – conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada;

II – versar sobre o mérito da causa;

III – rejeitar a alegação de convenção de arbitragem;

IV – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de sua revogação;

VI – determinar a exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – excluir litisconsorte;

VIII – indeferir o pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admitir ou não admitir a intervenção de terceiros;

X – versar sobre competência;

XI – determinar a abertura de procedimento de avaria grossa;

XII – indeferir a petição inicial da reconvenção ou a julgar liminarmente improcedente;

XIII – redistribuir o ônus da prova nos termos do art. 380, § 1º;

XIV – converter a ação individual em ação coletiva;

XV – alterar o valor da causa antes da sentença;

XVI – decidir o requerimento de distinção na hipótese do art. 1.050, § 13, inciso I;

XVII – tenha sido proferida na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença e nos processos de execução e de inventário;

XVIII – resolver o requerimento previsto no art. 990, § 4º;

XIX – indeferir prova pericial;

XX – não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes.

Ao elencar um rol taxativo de decisões interlocutórias recorríveis observa-se que objetivou o projeto de novo Código reduzir a quantidade de recursos interpostos no decorrer do processo, visando justamente fazer com que a demanda obtenha seu resultado de forma mais célere. Contudo, impende destacar que ao trazer um rol taxativo, o projeto de novo CPC deixou de prever decisões que merecem ser impugnadas por agravo de instrumento, como as decisões sobre a competência do juízo, por exemplo, em que caso não sejam recorríveis por instrumento, poderão acarretar eventualmente na anulação de todo o processo por ocasião do julgamento pelo Tribunal.

Outra mudança em relação ao agravo de instrumento, é a possibilidade do agravante ser intimado para complementar seu recurso caso deixe de juntar peças obrigatórias ao seu conhecimento (vide §3º art. 1.030 c/c art. 945, par. único). Desta forma, o recurso

somente poderá ser inadmitido se, após a intimação, o recorrente deixar de complementar o instrumento, com as peças obrigatórias.

Convém ressaltar que, ao impor o dispositivo legal a intimação do agravante para a juntada das peças obrigatórias, fez com que a norma seja aplicável também, por uma interpretação lógica, para a falta de peças nas quais a lei considere facultativas, mas que o relator julgue necessárias para a compreensão da causa.

Necessário ser dito que este artigo tem como objetivo evitar o não conhecimento do recurso por falta de cópias das peças dos autos, reduzindo, assim, uma das principais causas de inadmissibilidade de agravo de instrumento.

Por fim, quanto ao recurso de apelação convém tratar da principal inovação em relação ao Código de Processo Civil vigente que é a eliminação do juízo de admissibilidade do recurso pelo magistrado sentenciante.

Com o objetivo de dar maior celeridade ao processo, evitando que se tenha, como no atual Código, dupla análise da admissibilidade do recurso em tela, o projeto de lei do novo CPC, determina que o juízo *a quo*, quando da interposição da apelação, deverá intimar o apelado para apresentar suas contrarrazões no prazo de 15 dias. Desta forma, diferente do Código de 1973 em que o artigo 518 determina a realização do juízo de admissibilidade pelo magistrado *a quo*, no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados não há tal disposição. Pelo projeto de lei n. 8.046/2010, após a interposição da apelação e intimação do apelado para contrarrazões, deverá o magistrado remeter os autos para o tribunal competente, independentemente de qualquer juízo de admissibilidade, dada a ausência de previsão. Neste sentido, temos que:

Art. 1.023. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

I – os nomes e a qualificação das partes;

II – a exposição do fato e do direito;

III – as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV – o pedido de nova decisão.

§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de quinze dias.

§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

Dessume-se da leitura do artigo supramencionado, que a mesma ausência de admissibilidade pelo magistrado de primeiro grau, ocorre quando da interposição pelo apelado de apelação adesiva. Sendo interposto recurso adesivo, deverá o juiz *a quo* intimar o apelante para apresentar suas contrarrazões (vide § 2.º do art. 1.023), determinando então a remessa dos autos do processo ao juízo *ad quem*.

De maneira sucinta, estas são algumas das principais mudanças presentes no projeto de novo Código de Processo Civil aprovado na Câmara dos Deputados, em relação ao vigente Código, no que diz respeito aos recursos. Destarte, no próximo tópico estudar-se-á a principal mudança relacionada ao objeto de estudo deste trabalho, que é a criação do procedimento de técnica de julgamento.

4.6 Procedimento de técnica de julgamento no projeto do novo código de processo civil

Apresentado de forma resumida o projeto de novo Código de Processo Civil, convém estudar o procedimento de técnica de julgamento criado durante a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados.

Ciente da discussão a respeito da supressão dos embargos infringentes - que será estudado no próximo tópico - propôs o relator do projeto de lei, deputado Paulo Teixeira, a criação de técnica de julgamento, que em sua visão “de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando-se um recurso e discussões quanto ao seu cabimento”³²⁹. Nesse sentido, explicando o procedimento criado, afirma o relator em seu parecer apresentado à comissão especial do Código de Processo Civil:

Cria-se, pois, uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação ou ação rescisória, houver voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita novo julgamento e, se o julgamento assim concluir, a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de se recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso de embargos infringentes. Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum e a continuidade do julgamento.

Alcança-se o mesmo propósito que se busca com os embargos infringentes, de uma maneira mais barata e célere, além de ampliada, pois a técnica tem aplicação em qualquer julgamento de apelação (e não em apenas alguns) e também no caso de agravo, sobre o qual silenciava o CPC/73 em tema de embargos infringentes³³⁰.

Da leitura do trecho supracitado, percebe-se que o relator objetivou a criação de um procedimento em que havendo um julgamento por maioria de votos, deverão ser convocados mais julgadores, em quantidade suficiente para que o resultado inicial possa ser

³²⁹ TEIXEIRA, Paulo. Parecer do Relator-Geral - apresentado em 02.07.2013, fls. 60 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acessado em 06.11.2014

³³⁰ TEIXEIRA, Paulo. Parecer do Relator-Geral - apresentado em 02.07.2013, fls. 60 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acessado em 06.11.2014

revertido. Para melhor compreensão da técnica de julgamento criada, colhe-se do projeto de lei n. 8.046/2010:

Art. 955. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.

§ 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.

§ 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo.

É possível dizer que os embargos infringentes no projeto de novo código tornaram-se um incidente da apelação, mantendo seu aspecto procedimental. Não sendo mais um recurso, o procedimento de técnica de julgamento faz com que os pontos dissidentes entre os votos vencedor e vencido, sejam debatidos de forma célere, numa próxima sessão de julgamento.

Além disso, convém ressaltar que a técnica de julgamento faz com que as hipóteses de cabimento sejam ampliadas. Se antes com o recurso de embargos infringentes, em princípio somente seriam cabíveis em acórdãos não unânimes em ação rescisória e em recurso de apelação, com a técnica de julgamento será possível a discussão em decisões colegiadas não unânimes em recurso de apelação, em decisões colegiadas não unânimes em ação rescisória e em recurso de agravo de instrumento que reformem decisão interlocutória de mérito³³¹.

Nesse sentido, manifestando posição favorável à técnica de julgamento criada no projeto de novo CPC, Eduardo de Avelar Lamy e Felipe de Souza Farinelli Medeiros afirmam:

³³¹ LAMY, Eduardo de Avelar; MEDEIROS, Felipe de Souza Farinelli. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação de hipóteses de incidência a partir de uma interpretação constitucional, fls. 15. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ff7cc29289db4486>. Acessado em 10.11.2014.

Na prática, é possível perceber que o projeto do novo CPC aumentou o espectro de possibilidades dos embargos de infringentes, mas com ganho na simplicidade procedimental. Notadamente, deixa-se de lado os debates entre os limites objetivos e subjetivos dos atuais embargos infringentes, para privilegiar o julgamento com um colegiado maior, sempre que houver sinais de possível divergência.

Essa posição do novo CPC está intimamente ligada às normas constitucionais atinentes ao processo, pois garante mais isonomia nos julgamentos (quanto mais magistrados participam de uma decisão, menores são as chances de que divergências jurisprudências se instalem em um Tribunal), sem qualquer prejuízo ao contraditório e ampla defesa, que estarão assegurados com a possibilidade de nova sustentação oral diante dos juízes convocados³³².

Contudo, em que pese a posição favorável dos supracitados autores, tem-se a existência também de posição contrária à técnica de julgamento criada no projeto do novo CPC. Nesse sentido, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, formula questionamentos a respeito deste instituto. Afirmando não ser esta uma técnica simples, ao contrário do afirmado pelo relator-geral do projeto, assim, pergunta o autor “de onde virão esses novos julgadores (pelo menos dois, diante de um voto divergente) para a composição do colegiado ampliado, que concluirá o julgamento?”³³³

Dessa forma, manifestando sua posição, Dantas enumera a composição dos trinta e dois tribunais de segundo grau da Justiça Comum (incluídos os cinco tribunais da Justiça Federal e os vinte e sete das Justiças Estaduais), para demonstrar a dificuldade que vinte e três destes tribunais terão para compor os julgamentos provenientes das técnicas de julgamento. Isto porque, para o autor necessariamente esses magistrados terão que vir de outras câmaras dos tribunais, o que certamente atrasará o julgamento de outros processos. Além disso, destaca o autor outro aspecto importante:

O princípio do juiz (*rectius*, juízo) natural, portanto, fica claramente maculado. O feito será julgado por uma composição turmária antinatural.

Porém, há: e se um dos convocados, oriundo de outra ou outras turmas ou câmaras for o voto condutor?

O feito será relatado por alguém que não integra o colegiado que é o juízo natural do processo?

A agressão constitucional, nesse caso, será gritante³³⁴.

Desta forma, percebe-se que o autor manifesta-se contra a técnica de julgamento, afirmando que a mesma fere o princípio constitucional do juiz natural. De acordo com este princípio - já estudado neste trabalho - não é possível a criação de órgão judiciário

³³² LAMY, Eduardo de Avelar; MEDEIROS, Felipe de Souza Farinelli. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação de hipóteses de incidência a partir de uma interpretação constitucional, fls. 16. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ff7cc29289db4486>. Acessado em 10.11.2014.

³³³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de Oliveira (org.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 733.

³³⁴ Ibidem, p. 736.

posteriormente aos fatos em local que a causa será proposta. Assim, segundo a opinião de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas ao permitir-se que outros julgadores não originariamente designados possam participar e proferir votos, se estará ferindo o aludido princípio. Contudo, em que pese a posição do supracitado processualista, imperioso dele discordar. Utilizando-se da doutrina de Pedro Miranda de Oliveira, é possível dizer que a divisão dos tribunais entre órgãos internos, constitui uma preferencialidade, e não uma exclusividade do órgão sobre a matéria. Além disso, considerando que os tribunais formam um órgão único, composto por câmaras que são apenas frações deste todo, não haveria violação ao princípio do juiz natural na convocação de magistrados de outras câmaras, eis que estes já compõem o mesmo órgão que é o Tribunal³³⁵.

Por fim, convém ressaltar que não se discorda da dificuldade de convocação de magistrados provenientes de outras câmaras de julgamento, eis que estes já possuem suas diversas atividades inerentes à atividade jurisdicional. O que se discorda, é da suposta violação ao princípio do juiz natural, o que na opinião do autor deste trabalho não ocorrerá, conforme os termos já expostos.

4.7 Avaliação crítica da supressão dos embargos infringentes

A existência dos embargos infringentes sempre foi muito questionada pela doutrina. Talvez, o ponto central seja o fato dos embargos infringentes somente existirem no sistema processual brasileiro, já que o direito português, de onde teve origem, já o aboliu.

Os embargos infringentes, como se sabe, são um recurso de feição medieval, de origem lusitana. Hoje, o único país que mantém essa modalidade recursal é o Brasil. Até mesmo Portugal os suprimiu em 1939, quando da edição de seu Código de Processo Civil. Isso é motivo das mais severas críticas, como assim o faz Sergio Bermudes que afirma:

Apenas o Brasil insiste em manter, em sua sistemática recursal, esse recurso obsoleto e injustificável, que só contribui para retardar a entrega da prestação jurisdicional, frustrando, assim, um dos principais objetivos do direito³³⁶.

Nesse sentido, pertinentes são os argumentos de Pedro Miranda de Oliveira ao rebater a crítica de que a manutenção do recurso constitui um anacronismo, uma vez que somente o direito processual brasileiro ainda prevê este recurso. Colhe-se o que afirma o autor:

³³⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 103.

³³⁶ BERMUDES, Sérgio apud MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 187.

Ora, dizer que o recurso deve ser abolido do sistema simplesmente porque subsiste apenas no Brasil não é argumento convincente. Aliás, tal argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. Isso nos faria crer que nossa ciência processual estaria um passo atrás da desenvolvida no continente europeu. E isso, definitivamente, não é verdade. Embora, o direito no Brasil venha sofrendo ao longo da história forte influência do direito alienígena, mormente de Portugal, Itália e Alemanha, somos cientes de que, apesar das constantes críticas, temos um sistema recursal de ponta.

Convém dizer que as discussões a respeito da supressão dos embargos infringentes não são novidade na doutrina processual brasileira. Já na vigência do Código de Processo Civil de 1939, Pedro Batista Martins, autor do anteprojeto do CPC de 39, afirmou que os embargos infringentes, por não terem o atributo da romanidade ou qualquer outro fundamento de ordem científica, tendem a desaparecer, em futuro próximo ou remoto, da nossa legislação processual, sendo ainda o recurso considerado por ele um *bis in idem*: o segundo tempo do recurso de apelação³³⁷.

Posteriormente, quando da redação do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, de autoria de Alfredo Buzaid, este havia excluído os embargos infringentes na versão original do código. Contudo, na versão apresentada ao Senado, Buzaid manteve o recurso. Isto porque, conforme explica o professor Jacy de Assis, “o Congresso de Campos de Jordão, por expressiva unanimidade, convenceu o eminente prof. Alfredo Buzaid de que os embargos infringentes não podiam ser suprimidos”³³⁸.

Dessa forma, enquanto que na versão original, havia na exposição de motivos n. 35 que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso”, no projeto definitivo, conforme explica Barbosa Moreira, “reapareceu o recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180°”³³⁹.

Ainda que esses fatos apresentados possam demonstrar e fundamentar a manutenção dos embargos infringentes, tem-se que parte da doutrina fundamenta suas críticas, em razões históricas ou no excesso de recursos que acarretariam na demora da entrega final da prestação jurisdicional. Nesse sentido Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam:

É que, com a interposição dos embargos infringentes, haveria, mais uma vez, o rejuízo da causa, prolongando, ainda mais, o andamento do processo. Tal

³³⁷ MARTINS, Pedro Batista apud JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 260-261.

³³⁸ ASSIS, Jacy apud BORGES, Marcos Afonso. Embargos infringentes. 3. Ed. rev. e atual. Goiânia: AB, 1998, p. 66.

³³⁹ BERMUDEZ, Sérgio apud JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 261.

reapreciação da causa, dizem as críticas, já é feita no exame da apelação, sendo excessivo e repetitivo proceder-se a ela, outra vez, com os embargos infringentes. Ademais, não poderia admitir-se o cabimento de um recurso apenas em razão da existência de um voto vencido, eis que contrário à efetividade do processo um recurso com tal finalidade³⁴⁰.

Como apresentado pelos autores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha muito se critica os embargos infringentes por se considerar que este recurso prolonga o andamento do processo, fazendo com que o resultado final da prestação jurisdicional seja adiado desnecessariamente. A este ponto convém trazer a baila, o argumento de Pedro Miranda de Oliveira, colhe-se:

Todavia, não há, efetivamente, como atribuir a culpa pela demora no julgamento dos processos a uma única modalidade recursal. E, como se sabe, a incidência de embargos infringentes é muito pequena em relação à de outros recursos, de modo que os embargos não possuem o condão de congestionar as pautas de julgamentos dos tribunais, ainda mais com nova redação do art. 530, que restringiu significativamente o seu cabimento³⁴¹.

Além disso, como bem afirma Flávio Cheim Jorge, não existe no direito brasileiro estudo que responsabilize o excesso de recursos pela morosidade da justiça. Ainda diz o autor: “enquanto não forem feitas estatísticas, não é possível atribuir unicamente ao número de recursos a demora pela entrega da prestação da tutela jurisdicional”³⁴².

Aliás, a respeito da suposta “inutilidade” dos embargos infringentes, convém citar nesse momento o estudo de Marcelo Negri³⁴³, que utilizando-se de estatísticas dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul, demonstra – ao menos nesses dois Estados – o alto nível de eficiência dos embargos infringentes.

Assim, afirma o autor Negri que no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2000, antes da reforma promovida em 2001, eram 1.636 embargos infringentes de um total de 139.214 processos distribuídos ao TJRS. Por outro lado, em 2004, 247.321 processos foram distribuídos, sendo apenas 1.478 processos de embargos infringentes. Fazendo uma leitura desses dados, percebe-se a “irrelevância” dos embargos infringentes para a morosidade da justiça. Isto porque, este recurso apenas representa menos de 0,5% de todos os recursos processados no TJRS.

Quanto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstra Marcelo Negri que nos anos de 2004 e 2005 os embargos infringentes representaram menos de 0,3% de todos os

³⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 207.

³⁴¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 189.

³⁴² JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 263.

³⁴³ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 134-138.

processos analisados na Corte Estadual, sendo que destes no ano de 2004, 14,28% foram providos na Seção de direito privado e 32,17% restaram providos na Seção de direito público. Já no ano de 2005, 28,08% dos recursos de embargos infringentes foram providos na Seção de direito público e 23,07% foram providos na Seção de direito privado³⁴⁴.

Em suma, analisando os dados apresentados pelo autor, pode-se concluir que o número ínfimo de recursos de embargos infringentes – ao menos no Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul –, juntamente com a quantidade de provimentos, faz com que este recurso não possa ser considerado desnecessário, não sendo também este recurso a causa da avalanche de recursos nos Tribunais.

Por fim, percebe-se a existência de inúmeros argumentos favoráveis à manutenção dos embargos infringentes, o que não impediu que estes fossem suprimidos no projeto do novo Código de Processo Civil, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Contudo, em que pese isso, é de se destacar a proposta do relator do projeto na Câmara dos Deputados, que procurando conciliar os argumentos favoráveis e contrários ao recurso, criou procedimento de técnica de julgamento, que apesar de ainda assim representar a supressão dos embargos infringentes como recurso, é ao menos uma tentativa de manter-se as discussões provenientes dos votos vencidos, para que quem sabe seja possível reverter o julgamento inicial.

³⁴⁴ NEGRI, Marcelo. Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 137

5. Considerações finais

Os embargos infringentes sempre foram um recurso relevante, comumente criticado por parte da doutrina. Destarte, considerando-se essas críticas, buscou-se estudar nessa monografia a sua supressão no projeto de lei n. 8.046/2010 (projeto de novo código de processo civil, ainda em tramitação no Senado Federal), verificando-se os argumentos contrários e favoráveis à esta mudança, bem como analisando o procedimento de técnica de julgamento criado durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados.

Buscando alcançar esse objetivo geral, iniciou-se o trabalho com o estudo da teoria geral dos recursos, no qual se inclui os princípios constitucionais processuais, princípios fundamentais dos recursos e os efeitos dos recursos, com a finalidade de se estudar a base fundamental das impugnações judiciais.

Com o mesmo propósito, tratou-se no segundo capítulo sobre alguns dos recursos ordinários, como a apelação cível, o agravo de instrumento e os embargos de declaração. Analisou-se estes recursos, pois estes se relacionam com os embargos infringentes, ainda que de forma indireta (como os embargos de declaração).

Em seguida, no terceiro e último capítulo, estudou-se o objeto do presente trabalho: os embargos infringentes. Ainda, nesta parte analisou-se o procedimento de técnica de julgamento previsto no projeto de lei n. 8.046.

Com relação a essa parte do estudo, e iniciando o raciocínio da conclusão deste trabalho, observou-se que o procedimento de técnica de julgamento possui semelhanças com os embargos infringentes. Apesar de não poder ser considerado um recurso, este possui um procedimento que acabará permitindo a prática de determinados procedimentos semelhantes aos embargos.

O procedimento criado na Câmara dos Deputados permite que havendo resultado não unânime no tribunal, o julgamento do processo seja suspenso, para que possa continuar numa próxima sessão com a presença de outros magistrados, de forma que permita a inversão do resultado inicial. Além disso, também faculta-se às partes nova possibilidade de sustentação oral.

Nesse sentido, ressaltando-se que os embargos infringentes e o procedimento criado são institutos diferentes (que possuem suas particularidades), pode-se dizer a técnica previstas no projeto do novo Código, permitirá que as partes manifestem-se novamente como em um recurso.

Isso porque, no tempo entre a primeira sessão de julgamento e a próxima, poderão os causídicos produzir memoriais destacando os pontos controvertidos (entre o voto seguido pela maioria e o voto dissidente) de forma semelhante como faria em uma peça de interposição de embargos infringentes. Desta forma, pode-se dizer que, em princípio, com a possibilidade de entrega de memoriais, juntamente com novas sustentações orais, haveria um novo debate sobre a matéria como ocorreria nos embargos, podendo haver a inversão do resultado.

Contudo, em que pese esse procedimento semelhante aos embargos infringentes, não se pode concordar plenamente com a técnica criada no projeto do novo CPC.

Nesse aspecto, é de se dizer, primeiramente, que apesar da técnica possibilitar uma nova discussão da matéria, não é possível compará-la com a discussão proveniente dos embargos infringentes em vigor. Isto porque, enquanto que nos embargos as partes possuem um prazo de 15 dias para formularem suas peças de interposição, no procedimento do projeto do novo CPC as partes terão um prazo muito curto entre a primeira sessão de julgamento e a próxima. Ainda que se leve em consideração que o objetivo principal do procedimento é a celeridade processual, o tempo que as partes terão para redigirem suas manifestações não será a contento.

Além disso, contra o procedimento de técnica de julgamento está também o fato de que não está definido como os magistrados serão convocados para participar desta nova sessão de julgamento. Como destacado no artigo de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas³⁴⁵, a maioria dos tribunais brasileiros, possuem em suas câmaras de julgamento uma composição formada por três ou quatro magistrados, o que provocará dificuldade para a formação destes julgamentos. Na prática os magistrados terão que deixar suas sessões para participar de outras, sendo possivelmente preciso a interrupção de determinadas câmaras para isto. Ou então, será necessário o agendamento de sessão de julgamento extraordinária (em dia diverso do comumente utilizado) para possibilitar que estes magistrados possam compor o julgamento do processo objeto do procedimento.

Convém dizer que é legítimo e louvável o objetivo que orientou a criação do procedimento de técnica de julgamento no projeto do novo diploma. Contudo, como demonstrado, não é possível concordar totalmente com ele.

³⁴⁵ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de Oliveira (org.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 733.

Outrossim, a supressão dos embargos infringentes não pode ser considerada como acertada por este autor. Isso porque, este recurso constitui uma forma de rediscussão de tema não pacífico no tribunal.

Sabe-se que, o volume de processos nos quais os magistrados de segundo grau possuem para julgamento não lhes permite uma discussão aprofundada a respeito de todos os processos em que participam. A existência de votos dissidentes constitui-se exceção, merecedora de discussão por um grupo maior de magistrados, para a estabilização da jurisprudência.

Além disso, convém dizer que a abolição deste recurso não parece acertada, já que por vezes os melhores votos são provenientes desses julgamentos. A possibilidade de um colegiado, composto por mais magistrados, analisar novamente a matéria, cuja interpretação possui divergência, permite assegurar melhor qualidade e certeza à decisão.

Por outro lado, também não é possível creditar à morosidade do judiciário a existência dos embargos infringentes. Ainda que os processos nos quais haja a interposição do recurso, o julgamento prolongue-se por meses, em comparação aos outros, estas lides não se constituem uma demanda expressiva a ponto de poder atrapalhar a eficiência dos tribunais.

Além disso, convém destacar a eficiência dos embargos infringentes. Por meio das estatísticas apresentadas Marcelo Negri, verifica-se que os embargos infringentes possuem um alto nível de provimento – ao menos nos tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo –, o que demonstra a utilidade dos embargos. Acaso este recurso obtivesse um número pequeno de provimentos, demonstraria que não haveria necessidade de sua permanência no sistema recursal, contudo não é isso que ocorre, sendo este mais um argumento favorável à sua manutenção.

Por fim, ao cabo dessas considerações, pode-se afirmar, em suma, que não é possível ter uma certeza necessária de que a supressão dos embargos infringentes será benéfica ao sistema recursal brasileiro. Seria preciso um estudo preliminar ao novo Código de Processo Civil, para se saber a quantidade de recursos de embargos em nível nacional, o que permitiria identificar sua influência na morosidade da justiça.

Porém, não havendo este estudo, impende, agora, somente acompanhar a tramitação do projeto junto ao Senado Federal e, em sendo aprovado o novo diploma, observar a repercussão da supressão dos embargos infringentes na prática forense.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil, volume 1: parte geral**. 12. Ed. rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acessado em 06.11.2014.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, apud BORGES, Marcos Afonso. **Embargos infringentes**. 3. Ed. rev. e atual. Goiânia: AB, 1998, p. 27.

ARRUDA ALVIM, Angélica. **Princípios constitucionais do processo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 94, p. 20-39, abr./jun 1994.

ASSIS, Araken de. Embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins**. v. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Jacy apud BORGES, Marcos Afonso. **Embargos infringentes**. 3. Ed. rev. e atual. Goiânia: AB, 1998.

AURELLI, Arlete Inês. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins**. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 29. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de processo, vol. 105, jan. 2002.

BERMUDES, Sérgio apud JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BERMUDES, Sérgio apud MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins**. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES, Marcos Afonso. **Embargos infringentes**. 3. Ed. rev. e atual. Goiânia: AB, 1998.

BORGES, Marcus Vinicius Motter. Dez aspectos polêmicos sobre o cabimento dos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins**. v. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol 1: teoria geral do direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, vol. II**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos recursos no Código de Processo Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CUNHA, Gisele Heloísa. **Embargos Infringentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de Oliveira (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 16. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil – volume 1**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins**, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Princípios do Processo Civil**. Método, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGUNDES, Seabra *apud* ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. **A importância do novo cpc para o desenvolvimento do processo civil consequência da consolidação da jovem escola brasileira**. Revista de Processo, vol. 226, dez. 2013.

LAMY, Eduardo de Avelar; MEDEIROS, Felipe de Souza Farinelli. **A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação de hipóteses de incidência a partir de uma interpretação constitucional**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ff7cc29289db4486>. Acessado em 10.11.2014.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (coord). **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo** – Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

MARINORI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 2).

MARINORI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINORI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil; v. 1).

MARTINS, Pedro Batista *apud* JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação: teoria geral e princípios fundamentais dos recursos**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Apontamentos sobre os poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins, v. 9**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Ensaio sobre Recursos e Assuntos Afins**. (Coleção Ensaio de Processo Civil – Vol. 2). São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **O Novo Sistema Recursal Cível Brasileiro: incluindo o trâmite dos recursos no TJSC**. Florianópolis: Habitus, 2001.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XI: arts. 808/852**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII: arts. 496 a 538**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRI, Marcelo. **Embargos infringentes: apelação, ação rescisória e outras polêmicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 11. Ed. rev., ampl. e atual. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Notícia da Câmara dos Deputados: **Câmara aprova texto principal do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/457999-CAMARA-APROVA-TEXTO-PRINCIPAL-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>. Acessado em 15.11.2014

Notícias da Câmara dos Deputados: **Novo CPC: Plenário aprova emenda e limita penhora on-line de contas**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/461865-NOVO-CPC-PLENARIO-APROVA-EMENDA-E-LIMITA-PENHORA-ON-LINE-DE-CONTAS.html>. Acessado em 15.11.2014

Notícias da Câmara dos Deputados: **Novo CPC: Plenário reinclui prisão fechada para devedor de pensão alimentícia**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/463455-NOVO-CPC->

PLENARIO-REINCLUI-PRISAO-FECHADA-PARA-DEVEDOR-DE-PENSAO-ALIMENTICIA.html. Acessado em 15.11.2014.

Notícias da Câmara dos Deputados: **Plenário aprova redação final do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/464593-PLENARIO-APROVA-REDACAO-FINAL-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>. Acessado em 16.11.2014.

Notícias da Câmara dos Deputados: **Plenário pode votar destaques ao Código de Processo Civil no mês que vem.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/461103-PLENARIO-PODE-VOTAR-DESTAQUES-AO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-NO-MES-QUE-DEM.html>. Acessado em 15.11.2014.

Notícias da Câmara dos Deputados: **Plenário retoma votação dos destaques ao CPC na manhã desta quarta-feira.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/461431-PLENARIO-RETOMA-VOTACAO-DOS-DESTAQUES-AO-CPC-NA-MANHA-DESTA-QUARTA-FEIRA.html>. Acessado em 15.11.2014.

Notícias do Senado Federal: **Juristas tentam encontrar soluções para divergências entre versões do novo CPC.** Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/06/11/juristas-tentam-encontrar-solucoes-para-divergencias-entre-versoes-do-novo-cpc>. Acessado em 16.11.2014.

Notícias do Senado Federal: **Pimentel presidirá Comissão do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2014/06/04/pimentel-presidira-comissao-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acessado em 16.11.2014.

Notícias do Senado Federal: **Segue para a Câmara o novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/12/15/segue-para-a-camara-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acessado em 15.11.2014.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Embargos infringentes e matéria de ordem pública.** Revista de Processo, ano 26, n. 102, abr.-jul. 2001.

TEIXEIRA, Paulo. **Parecer do Relator-Geral - apresentado em 02.07.2013.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acessado em 06.11.2014

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo civil.** 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil.** 3. Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil, volume 1: processo de conhecimento.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes e seu novo perfil (lei 10.352/2001). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins**. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Eider Avelino. **A razoável duração do processo e o projeto de novo código de processo civil: uma constante preocupação**. Revista de Processo, vol. 216. Fev/2013.

SILVA, Paulo Henrique Moritz Martins da. Breves considerações sobre o projeto do novo código de processo civil – PLS 166. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

TESHEINER, José Maria. Notas sobre as reformas do código de processo civil, de 1992 a maio/2008. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I**. 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014

USTÁRROZ, Daniel. PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 3. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1**. 10. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1**. 13. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.